Ein Beitrag zur rechtlichen Natur der Gutschrift, insbesondere bei Banküberweisungen

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Vorgelegt von

Paul de Levie
Referendar
am Amtsgericht Jever in Oldbg.

1931

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau i. Schl.

Berichterstatter: Prof. Dr. Süß.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Meinem Onkel,
Herrn Gottfried Löwenstein!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Allgemeiner Teil:

§ 1 Die Buchung 1
§ 2 Die Gutschrift im Ueberweisungsverkehr der Banken 2
§ 3 Das rechtliche Wesen des Girovertrages . . . 4
§ 4 Rechtsnatur der Ueberweisung 6
§ 5 Die Bedeutung der Mitteilung über die Gutschrift 17
§ 6 Weitere Folgerungen aus dem eingenommenen Standpunkt und Zusammenfassung 19

II. Besonderer Teil:

§ 7 Der rechtsgeschäftlich handelnde Teil bei der Gutschrift 22
§ 8 Die Erfüllung der Geldschuld durch die Gutschrift 23
§ 9 Die Gutschrift auf Grund barer Einzahlung des Schuldners bei der Bank des Gläubigers . . . 27
§ 10 Verzögerung der Gutschrift durch Verschulden der Bank 28
§ 11 Die Gutschrift ohne Girovertrag 29
§ 12 Fehlerhafte Gutschriften 29
§ 13 Einwirkung des Konkurses auf die Gutschrift . 36
Schluß 40

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0119

Literaturverzeichnis.

1. Kommentare, Lehrbücher, einzelne Abhandlungen.

Bendixen, Friedrich: Das Wesen des Geldes, München-Leipzig 1918.

Breit: Die Grundlagen des internen Scheckrechts in ZHR. 64/445 ff.

— Kommentar zum deutschen Scheckgesetz 1929.

Brodmann: Zur Lehre vom Girovertrage, ZHR. 48/121 ff.

— Besprechung der Dissertation von Späing, in ZHR. 60/282 ff.

Brütt: Die abstrakte Forderung, Berlin 1908.

Cohn, G.: Die Girozahlung in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts III. Bd., S. 1041 ff. 1885.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, I. Bd. 1908, II. Bd., 2. Aufl. 1910.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 9. Aufl.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1 30.—34. Aufl. 1928. I, 2 23.—27. Aufl. 1927; 11. Bearbeitung Lehmann 1930.

Fischer-Henle: Handkommentar zum BGB. 12. Aufl.

von Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht in „Grundrisse der Rechtswissenschaft", 3. Aufl. 1929.

— Artikel Giroverkehr im „Handwörterbuch der Rechtswissenschaft" 1927.

Grüllich: In „Der Versicherungsvertreter" Nr. 5 (1. März 1929, S. 18): Der maßgebende Zeitpunkt für die Zahlung und deren Annahme im Bank- und Postscheckverkehr.

Heck, Ph.: Recht der Schuldverhältnisse 1929.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1889.

Hupka, J.: Die Vollmacht. Leipzig 1900.

Isele: Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkrehr. Arch. Ziv.Pr. 129/129.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 1. Lieferung, 6., 7. Aufl., 1928.

Klein: Die Zahlungseinstellung des Girokunden. ZHR. 55, 181 ff.
Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 1929.
Kommentar: von Reichsgerichtsräten zum BGB. 6. Aufl., Bd. I, II. 1928.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. 1929.
Lehmann, H.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1922.
Lehmann, K.: Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl.
Leitner, Fr.: Das Bankgeschäft und seine Technik. 1912.
Leonhard, Fr.: Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse. 1929.
Loewenfeld: Die Anweisung im Gesetz und im Verkehr. 1922.
Mez, A.: Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Giroverkehrs. Arch.Bürg.R. Bd. 30, 47.
Meyer, Herbert: Das Akzept, 1918.
Michaelis: Kommentar zum Scheckgesetz 1927.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2., 3. Aufl.
Nußbaum: Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts. 1925.
Oertelt: Umfang der Herausgabepflicht bei der Kondiktion einer abstrakten Verpflichtung. In Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 78/540.
Oertmann, P.: Recht der Schuldverhältnisse. II, 1. 1928; II, 2. 1929. Allgemeiner Teil, 3. Aufl.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 4. Aufl.
Riehl: Die Anweisung 1908.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch 1910.
Sohm: Institutionen. 17. Aufl. 1926.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl. 1929.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12., 13. Aufl. 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 9. Aufl.
von Tuhr: Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. Festgabe für E. J. Bekker. 1907.
— Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. 1910; Bd. II, 1 1914; Bd. II, 2 1918.
Ulmer: Akkreditiv und Anweisung. Arch.Ziv.Pr. 126/129.
Warneyer: Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich. I. Bd. 1930.

Wienstein: Zur Frage der Abgrenzung des Gebiets der Anweisung. Recht 1906, S. 1418.
Wolff: Das Geld. In Ehrenbergs Handbuch, 4. Bd., 1. Abt. S. 563 ff. (1917).

2. Inaugural-Dissertationen.

Asher: Der Girovertrag in geschichtlicher und rechtlicher Beziehung. Rostock 1906.
Feibelsohn: Der Girovertrag. Greifswald 1914.
Fröde: Der Giroverkehr. Leipzig 1909.
Loewenfeld: Studien über den Giroverkehr. Erlangen 1906.
Meese: Gutschrift und Belastung im Zahlungsverkehr der Banken. Göttingen 1926.
von Pezold: Die Anweisung des BGB. und die nicht durch das Gesetz geregelten Formen der Anweisung (Extravaganten) insbesondere das Dokumentenakkreditiv. Tübingen 1924.
Ramin: Der Girovertrag unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse beim Scheck. Leipzig 1912.
Roloff: Die Banküberweisung durch Umschreibung nach heutigem Recht. Köln 1929. (Heymann, Berlin).
Schütz, Gerhard: Zur Lehre vom Girovertrag. Breslau 1916.
Späing: Der Girovertrag der deutschen Reichsbank. Bonn 1906.
Wiskemann: Die Annahme der Anweisung. Heidelberg 1910.

3. Materialien.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin-Leipzig 1888.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

4. Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

AZivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis. Tübingen.
Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. Berlin.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsfinanzhofs.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruch. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hans.G.Z. = Hanseatische Gerichtszeitung.
Hold. M. = Holdheim's Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. (Berlin, Heymann).
Iher.-Jahrb. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW. = Juristische Wochenschrift.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Mitteilungen der Industrie und Handelskammer Berlin.
OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Recht. = Das Recht. Berlin.
Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Verk. R. = Verkehrsrechtliche Rundschau. Berlin.
Warn. = Warneyer: Rechtsprechung des Reichsgerichts.
ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Stuttgart.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Der Zahlungsverkehr Zeitschr. f. banktechn. Fragen.

---

1. Allgemeiner Teil.

§ 1.

Die Buchung.

Die Gutschrift, die sich in neuerer Zeit in immer erhöhtem Maße zum Ersatz der baren Zahlung entwickelt hat, erfolgt bei allen Zahlungsinstituten durch eine Buchung auf einem Kontoblatt, meistens verbunden mit einer Mitteilung über die erfolgte Buchung an den Kunden.

Nun sind Buchungen im kaufmännischen Leben gewöhnlich interne Akte,[1] der Niederschlag der Geschäftsvorfälle. Sie wirken meistens nicht konstitutiv, sondern sollen nur die Grundlage geben für die z. B. bei den Aktiengesellschaften vorgeschriebene Bilanz, die Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven. Der Rechtseffekt liegt also regelmäßig vor der Buchung. Daneben gibt es aber auch Buchungen, die den Rechtserfolg in sich bergen, die also entscheidend für den rechtlichen Erfolg sind. Das ergibt sich z. B. im Postscheckverkehr aus § 4 II der Postscheckordnung vom 7. April 1921, Neufassung vom 16. Dezember 1927:

> „Die Postanstalt überweist die eingegangenen Post- und Zahlungsanweisungen zur Gutschrift dem Postscheckamt, bei dem das Konto des Postscheckkunden geführt wird. Das Postscheckamt übersendet dem Postscheckkunden nach der Gutschrift die Abschnitte der Post- und Zahlungsanweisungen". ...

Hieraus, wie auch aus den §§ 1, 2, 5 II folgt, daß die Verordnung der Gutschrift, also der Buchung, konstitutive Wirkung beilegt und die Benachrichtigung nur deklaratorisch ist.

Im gewöhnlichen Kontokorrent-Verkehr der Banken kommen Gutschriften aus allen möglichen Gründen vor. Es kann z. B. die Bank selbst Schuldnerin sein, wenn sie u. a. Coupons detachiert hat, Zinsen vergüten will oder Effekten verkauft hat. Es kann aber auch — und das ist ein sehr häufiger Vorgang — Grund der Gutschrift eine Ueberweisung sein.

1) Vgl. Reichsfinanzhof, Entsch. Bd. 14, S. 32.

§ 2.

Die Gutschrift im Ueberweisungsverkehr der Banken.

Eine Banküberweisung kommt regelmäßig dadurch zustande, daß zwei Personen, die beide bei derselben Bank Konto haben, statt geschuldeter Barzahlung miteinander vereinbaren, die Gutschrift solle die Zahlung ersetzen. Also beauftragt der Schuldner die Bank regelmäßig durch einen Ueberweisungsauftrag, zu Lasten seines Kontos dem Gläubiger X Mark gutschreiben zu wollen. Die Bank belastet darauf das Konto des Schuldners und erkennt das Konto des Gläubigers. So stellt sich praktisch die Gutschrift dar. Haben die Zahlungsstellen, also z. B. Banken, wiederum gegenseitig ein Konto, so werden dadurch Umschreibungen zwischen den Kunden dieser Zahlungsstellen ermöglicht (sogen. indirekte Girozahlungen).[2]

Die rechtliche Natur dieses Vorgangs ist äußerst bestritten. Es fragt sich zunächst: Wann ist die Bank verpflichtet, einen solchen Auftrag anzunehmen, und warum kann sie das Geld ohne weiteres dem Kunden auf seinem Konto gutbringen?

Die Einrichtung der Ueberweisung stellt einen Teil der Geschäfte dar, die sich aus dem sogenannten Girovertrage ergeben. Durch den Girovertrag verpflichtet sich nämlich insbesondere eine Bank, Giroumschreibungen vorzunehmen, ferner Auszahlungen zu Lasten des Girokunden auf Schecks hin oder gegen Quittung auszuführen, und vor allem auch Zahlungen für Rechnung des Kontoinhabers entgegenzunehmen und ihm dann den Betrag gutzubringen. Dieses sind die typischen Girogeschäfte, und sie sind natürlich in der Literatur vor allem beim Girovertrage dargestellt. Mit Breit[3] ist der Ausdruck „Girovertrag", der speziell den Vertrag mit der Reichsbank betrifft, auf alle derartigen Verträge zwischen Bank und Kunden anzuwenden. Dagegen konstruiert Michaelis[4] zu Unrecht neben dem Girovertrag einen besonderen Scheckvertrag. Vielmehr ist der Scheckvertrag in dem Girovertrag bereits enthalten (so auch Breit a.a.O. Anm. 29).

---

2) Vgl. Fr. Leitner, Das Bankgeschäft und seine Technik 1912, S. 197.
3) Scheckgesetz, Anh. zu § 3, Anm. 29.
4) Scheckgesetz, § 3, Anm. 3a.

Es ist zu bemerken, daß der Giroverkehr keine spezialgesetzliche Regelung erfahren hat.

Aber nicht nur beim Girovertrag, sondern auch bei Abschluß eines Kontokorrentvertrages oder bei Einrichtung eines Depositenkontos verpflichten sich die Banken regelmäßig zu den erwähnten Geschäften. Das Girokonto verbirgt sich also im Wirtschaftsleben vielfach unter dem Namen Depositenkonto, Scheckkonto, Kontokorrentkonto.

Die Rechte und Pflichten, die für die einzelnen Parteien gelten, sind vielfach im voraus von den Banken in Formularen festgelegt, und so heißt es in den Bedingungen der Darmstädter und Nationalbank für den Kontokorrentverkehr: „Durch Einrichtung eines Kontos wird die Bank zur Entgegennahme von Zahlungen für Rechnung des Kontoinhabers ermächtigt."

Es besteht indes zwischen dem Giroguthaben und dem Kontokorrentguthaben ein grundlegender Unterschied, insofern als das erstere einen Betrag bildet, während das letztere Verrechnungsprodukt ist.[5] Guthaben bedeutet lediglich eine Forderung gegen die Zahlungsstelle; das Giroguthaben ist nicht etwa, wie Schütz a.a.O. S. 16 ausführt, „ein dem Giroverhältnis eigentümliches Rechtsgebilde, das sich einer Unterordnung unter andere Rechtsinstitute entzieht". Beim Giroguthaben ist die Forderung stets fällig, während das Kontokorrentguthaben erst bei Saldoziehung fällig wird; bis dahin ist das Guthaben eine gestundete, nicht fällige Forderung.[6]

Vielfach ist es so, daß auch das reine Girokonto in Form des Kontokorrents geführt wird.[7] Breit[8] meint sogar, „daß sich jedes Giroverhältnis in Form des echten Kontokorrents abspiele", und weiter, „daß man besonders hieran den innigen Zusammenhang erkenne, der zwischen Girovertrag, Kontokorrentvertrag und Scheck bestehe." Er betont, „daß der Kontokorrentvertrag ein rein formaler Vertrag sei, er sei Verrechnungsvertrag und könne an und für sich jede Geschäftsverbindung zur materiellen Grundlage haben", und mit Recht bemerkt er in ZHR. 67/523, daß das Girorecht faktisch zum Teil Kontokorrentrecht sei.

5) So Mez a.a.O. S. 89; Meese a.a.O. S. 21.
6) So Ramin a.a.O. S. 20, vgl. RG. 12, S. 85.
7) Staub-Könige a.a.O., Anh. zu § 363, Anm. 2; Cohn a.a.O. S. 1048.
8) ZHR. 67/522.

§ 3.

Das rechtliche Wesen des Girovertrages.

Nach der Reichsgerichtsentscheidung Bd. XII S. 87 ist der Girovertrag als depositum irregulare anzusehen. Die Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Kunden und der Bank auf Grund der Eröffnung eines Girokontos erfolgen, hätten die Natur eines Aufbewahrungsvertrages. Die Aufbewahrungspflicht bestehe „unabhängig von den Aufträgen, welche sich auf Vereinnahmung und Verausgabung von Geldern für den Kontoinhaber bezögen". Dieser Standpunkt wird aber mit Recht allgemein abgelehnt, da das Reichsgericht lediglich auf das Guthaben abstellt (früher!) und gerade die Hauptverpflichtung aus dem Girovertrage nicht berücksichtigt.[9]

Cohn a.a.O. S. 1048 legt die einzelnen Girogeschäfte dar, aber er erklärt nicht, welche juristische Natur im ganzen diese Verpflichtungen haben.

Eingehend würdigt Brodmann in der ZHR. Bd 48, S. 131 ff. die rechtliche Natur des Girovertrages. Er ist der Begründer der sogen. Mandatstheorie. Er führt aus, daß mit der Eingehung eines Girovertrages ein doppeltes Mandatsverhältnis zwischen Bank und Kunden geschaffen würde; die Bank sei beauftragt, Zahlungen für den Kunden entgegenzunehmen und zu bewirken. Damit hat Brodmann die eigentliche Natur des Vertrages richtig erfaßt, indem er nämlich die Auftragsregel darauf anwendet. Da er seine Abhandlung vor 1900 schrieb, hat er wohl das Bürgerliche Gesetzbuch nicht berücksichtigt. Im Gemeinen Recht brauchte nämlich ein Zahlungsmandat nicht unentgeltlich zu sein. Daher ist es nur eine Berichtigung seiner Lehre, wenn heute die herrschende Meinung den Girovertrag als einen Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne von § 675 BGB. ansieht; denn tatsächlich werden die Dienste der Bank ja nicht unentgeltlich geleistet, wie es bei Annahme eines Auftrages nach § 662 BGB. der Fall sein müßte, vielmehr erhält die Bank als Entgelt für ihre Dienste beim reinen Girovertrage das Guthaben zinslos überlassen, und bei dem Girovertrage, der mit einem Kontokorrentvertrage verbunden ist, bekommt die Bank als Entgelt z. B. Umsatzprovisionen und Zinsvergütung. Daher

9) Feibelsohn a.a.O. S. 43.

ist es vollkommen falsch, wenn Roloff a.a.O. S. 37 bemerkt: „sie, die Bank, hat vielleicht aus dem Giroverkehr nicht den geringsten Vorteil, sondern im Gegenteil nur Unkosten". Dagegen auch Pesl in der Rezension von Roloffs Schrift LZ. 1930, S. 341.

Klein[10] faßt den Girovertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag auf, der einen Werkvertrag zum Gegenstand hat, und damit entsteht die Streitfrage, ob nun ein Dienst- oder Werkvertrag anzunehmen ist. Tatsächlich ist dieser Unterschied ohne größere Bedeutung, denn nach § 675 BGB. sind ja auf beide Arten dieselben Vorschriften aus dem Auftrage anzuwenden. Klein führt aus, daß der bei dem Girovertrag „zu erzielende Erfolg darin bestehe, die Annahme und Zuschreibung von Zahlungen oder Ueberweisungen zugunsten des Geschäftsherrn, sowie die Abschreibung von Zahlungen und Ueberweisungen und Auszahlungen zu seinen Lasten und zugunsten eines Dritten vorzunehmen." Weiter führt er aus, „daß es theoretisch unzutreffend sei, bei dem Vertrage mit der Girobank von einem Dienstvertrage eines Dienstverpflichteten zu sprechen, wo die Bank in keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zu demjenigen stände, welchem sie ihre Tätigkeit widme."

Zunächst ist hiergegen einzuwenden, daß § 611 BGB. kein Abhängigkeitsverhältnis verlangt, fallen doch auch die Dienste eines Rechtsanwalts und Arztes unter § 611.[11] Weiter betont Fröde a.a.O. S. 35 mit Recht, daß beim Werkvertrag doch ein bestimmter Erfolg geschuldet wird, während hier der bestimmte Erfolg in einer ungewissen Summe von Tätigkeiten besteht.[12] Beim Werkvertrag wird eben „ein geschlossenes Ganze" geschuldet.[13] Bei Abschluß des Girovertrages ist es aber ganz unbestimmt, wie oft die Tätigkeit der Bank in Anspruch genommen wird; verpflichtet ist die Bank nur, ihre Dienste zur Verfügung zu stellen, wenn der Kunde es verlangt. Darauf kommt es dem Gläubiger an.

Es ist daher mit der herrschenden Meinung anzunehmen, daß ein Dienstvertrag vorliegt.[14]

10) ZHR. 55/188 ff. Brütt a.a.O. S. 197.
11) Vgl. auch Oertmann: Schuldverhältnisse § 611 Vorb. 1 b Enneccerus a.a.O. § 366 I; Asher a.a.O. S. 33.
12) Ebenso Asher a.a.O. S. 34.
13) Soergel § 611 2c.
14) So auch Breit ZHR. 64/482; Asher S. 34; Späing S. 17; Mez S. 57; Meese S. 22; K. Lehmann S. 815; Düringer-Hachenburg Anh. II zu § 363—365 I; Müller-Erzbach S. 680.

Feibelsohn a.a.O. S. 48 nimmt einen Vertrag sui generis an unter Weiterbildung des Standpunktes von Löwenfeld[15], der den Girovertrag zur Klasse der Innominatverträge zählt; dagegen mit Recht Michaelis,[16] da ja doch „die in Frage kommenden Vorschriften wegen Rechtsähnlichkeit angewendet werden".

Es wird also dem Willen der Parteien durch Subsumtion unter § 675 BGB. Genüge getan.

Hieraus folgt, daß der Girovertrag durch Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Kunden im Zweifel nicht erlischt gemäß §§ 675, 672 BGB. Einzahlungen können daher weiter auf das Konto des betreffenden Kunden gemacht werden zugunsten des Erben bezw. des gesetzlichen Vertreters des Kunden.

Es wurde ausgeführt, daß die Umbuchung oder Banküberweisung darin besteht, daß Umbuchungen vom Konto eines Kunden auf das Konto eines anderen Kunden vorgenommen werden. Es soll im Folgenden nun die rechtliche Konstruktion einer solchen Ueberweisung erörtert werden.

§ 4.

Rechtsnatur der Ueberweisung.

Wenn der Kunde die Bank anweist, könnte man zunächst an eine Zession seiner Forderung gegen die Bank an den Dritten denken.[17] Diese Ansicht wird auch vertreten von Richard Meyer im Bankarchiv 19/138, ebenso derselbe in Gruchot Bd. 63/136: „Die Zahlung erfolgt auf Anweisung durch Belastung des einen Kontos und Gutschrift auf dem anderen Konto zufolge Abtretung einer Forderung des Anweisenden an seine Bank."

Woher kommt aber die Forderung gegen die Bank? Diese kann, — und das ist beim eigentlichen Girovertrag, wie er mit der Reichsbank abgeschlossen wird, und bei Ueberweisungen zu Lasten eines Depositenkontos der Fall, — aus einem Guthaben des Ueberweisenden bei der Bank herrühren. Denn Guthaben bedeutet ja weiter nichts als Forderung gegen die Bank, die entstanden sein kann aus einem de-

15) Löwenfeld a.a.O. S. 25.
16) Scheckgesetz § 3, 2.
17) So Morstadt, zitiert bei Cohn a.a.O. S. 1054, Anm. 82; vgl. auch OLG. Hamburg in Hans.Ger.Z. 03/304.

positum irregulare gemäß § 700 BGB. oder aus Gutschrift von andern Beträgen, die überwiesen oder eingezahlt sind. Ueber das Wesen der Gutschrift wird später gehandelt werden. Gerade beim Kontokorrentvertrage ist aber oft der Kunde im Debet und läßt trotzdem Ueberweisungen vornehmen. Hier besteht doch keine Forderung des Kunden gegen die Bank, und hier würde schon die Theorie der Zession gemäß § 398 BGB. scheitern. Aber auch wenn eine Forderung besteht, entspricht diese Theorie nicht dem Willen der Parteien. § 398 BGB. bestimmt zunächst, daß eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem andern auf diesen übertragen werden kann. Das Angebot liegt in dem Ueberweisungsauftrag. Die Annahme könnte durch die Bank als Vertreterin des Begünstigten erfolgen, wozu dieser durch Eröffnung eines Kontos seine Erlaubnis gegeben hat (§ 181 BGB.). Welche Folge hätte nun aber diese Konstruktion? Die Forderung, die der Begünstigte erwirbt, ist dieselbe, welche dem Auftraggeber gegen die Bank zusteht. Nach § 404 BGB. könnte daher die Bank dem Begünstigten gegenüber alle Einwendungen geltend machen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den Ueberweisenden begründet waren. Hätte z. B. der Ueberweisende sein Konto überzogen, also mehr überwiesen als sein Guthaben betrug, so könnte die Bank geltend machen, daß eine Forderung in dieser Höhe nicht bestand. Ferner hätte die Bank gemäß § 406 BGB. ein Aufrechnungsrecht dem Begünstigten gegenüber wegen Forderungen an den Ueberweisenden. Alle diese Folgen wollen aber die Parteien nicht; vielmehr soll dem Begünstigten eine neue, unabhängige Forderung gegen die Bank zustehen, und der Begünstigte kann ja auch dann erst eine Zahlung als Ersatz für Barzahlung annehmen, wenn er nicht solchen Einwendungen ausgesetzt ist. Staub[18] spricht sogar „von dem unerträglichen Gedanken, daß die Bank aus ihrem Rechtsverhältnis zu ihrem Kunden Einwendungen herzuleiten vermöchte."

Die Annahme einer Zession bei der Ueberweisung ist daher als dem Parteiwillen nicht entsprechend abzulehnen, was auch von fast allen Schriftstellern geschieht.[19]

18) Staub a.a.O. Anh. § 363, Anm. 4.
19) So Gierke, Handw.B. d. R. Art. Giroverkehr; Meese S. 30; Asher S. 50/51; Mez S. 61; Ramin S. 37; Fröde S. 44; K. Lehmann S. 816.

Es ist aber auch in der Ueberweisung keine Schuldübernahme zu erblicken, gemäß § 415 BGB. Die Genehmigung könnte durch die Bank als Stellvertreterin des Kunden erfolgen. Aber die Bank will gerade nicht die Schuld des Auftraggebers gegenüber dem Empfänger übernehmen. Auch würde § 417 BGB. dem Parteiwillen widersprechen. Das Valutaverhältnis, nämlich das Verhältnis zwischen Ueberweisendem und Ueberweisungsempfänger, ist der Bank völlig gleichgültig, und außerdem erfährt sie ja nicht, aus welchem Grunde die Ueberweisungen erfolgen.

Ferner ist bei der Ueberweisung doch keine Voraussetzung, daß der Auftraggeber Schuldner des Empfängers ist. Die Ueberweisung kann ja auch donandi oder credendi causa erfolgen.

Das Reichsgericht hat in den Urteilen Bd. 84/354, Bd. 91/119 im Gegensatz zu Reichsgericht 102/65 die Umschreibung als einen Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB. aufgefaßt.[20] Abzulehnen ist aber zunächst die Annahme, daß der Begünstigte unmittelbar aus dem Vertrage ein Recht gegen die Bank erwirbt. Nach § 328 Abs. 2 BGB. ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrages, zu entnehmen, ob und wie der Dritte das Recht erwerben soll. § 329 BGB. gibt ferner die Auslegungsregel, daß im Zweifel bei der Erfüllungsübernahme nicht anzunehmen ist, daß der Gläubiger das Recht unmittelbar erwerben soll. Da der Ueberweisungszettel nichts angibt, ist nicht anzunehmen, daß der Begünstigte unmittelbar das Recht erwerben soll, wie es tatsächlich dem Parteiwillen auch entspricht. Fröde, a.a.O. S. 48, ist der Ansicht, daß der Empfänger das Forderungsrecht unmittelbar aus dem Vertrage erwerben würde. Er übersieht also § 328 II BGB. Insoweit wäre die Konstruktion daher möglich. Aber gleichwohl steht der § 334 BGB. dieser Auffassung entgegen. Danach kann die Bank Einwendungen aus ihrem Verhältnis zum Auftraggeber, dem sogen. Deckungsverhältnis, geltend machen, ähnlich wie bei § 404 BGB. Und dies entspricht, wie oben ausgeführt, nicht dem Parteiwillen. Die Bank könnte nach dieser Konstruktion von dem Dritten, gemäß § 813 BGB., auch dann das Geleistete zurückfordern, wenn sie bereits geleistet hat und ihr gegen den Ueberweisenden eine Einrede aus dem Vertrage

20) Vgl. auch RG. Bd. 105/399.

zustand. Denn gemäß § 334 BGB. kann die Bank ja einen den Anspruch verneinenden oder zerstörenden Einwand aus dem Vertrage geltend machen gegenüber dem Empfänger und nach erfolgter Leistung sich daher auf § 813 BGB. stützen. Niemals würde aber der Empfänger die Leistung als Zahlung annehmen, wenn diese Einwendungen der Bank möglich wären.

Es wird daher mit Recht von der herrschenden Meinung die Auffassung der Umbuchung als Vertrag zugunsten Dritter abgelehnt.[21] Auch Oertmann[22] ist gegen die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter; er verweist auf § 784 Abs. 2 BGB., wonach auch bei der Anweisung die Annahme dem Dritten gegenüber nicht vor Aushändigung an ihn wirksam wird. Die Vereinbarung zwischen Assignanten und Assignaten begründet also noch kein Recht des Assignatars. Da Aehnlichkeit zwischen der Umschreibung und der Anweisung besteht, kann auch dieses als Argument gegen die bekämpfte Meinung gelten.

Brodmann hat in ZHR. Bd. 48, S. 121 ff. ausführlich die rechtliche Natur der Giroüberweisung behandelt. Seine Theorie bezeichnet man als Zahlungstheorie. Sein leitender Gedanke ist, daß die Bank als direkte Stellvertreterin sowohl des Auftraggebers als auch des Empfängers tätig ist. Das Selbstkontrahieren verstößt wegen der Gestattung der Kunden nicht gegen § 181 BGB. „Wer sich ein Girokonto eröffnen läßt", führt er aus, „tritt mit der Bank in ein dauerndes Mandatsverhältnis. Einerseits verpflichtet die Bank sich, seinen Anweisungen entsprechend, Zahlungen für ihn und in seinem Namen zur Ausführung zu bringen, andererseits ermächtigt der Kunde sie, in seinem Namen und ihn verpflichtend Zahlungen entgegenzunehmen." Es handele sich ferner um ein qualifiziertes Inkassomandat, insofern als die Zahlungen durch Verrechnung erfolgten, womit die Beteiligten einverstanden wären. Um seine Theorie zu erklären, geht er von der Fiktion einer effektiven Zahlung aus, die die Bank aus der Kasse des Ueberweisenden an die Kasse des Begünstigten vornehme. Wenn nun die Bank als direkte Stellvertreterin für den Kunden die Zahlung annimmt, dann müssen ja die Geldstücke in das Eigentum des Kunden

21) So Staub, Anh. zu § 363 Anm. 4; K. Lehmann a.a.O. S. 816; Meese S. 40; Ramin S. 38; Mez S. 68/69, Fröde S. 48.
22) JW. 1921, S. 678.

fallen. Dies betont K. Lehmann S. 816 a.a.O.. Tatsächlich aber erwirbt doch die Bank für sich das Eigentum. Dies läßt sich auf verschiedene Weise erklären. Man könnte sagen, die Bank eigne sich sofort das Geld an auf Grund des depositum irregulare gemäß § 700 BGB. gegenüber dem Kunden. Sie ist dann nur obligatorisch zur Erstattung des empfangenen Geldes verpflichtet. Fröde, a.a.O. S. 41, ist der Ansicht, daß das Eigentum an den Geldstücken nicht für den Vertretenen erworben würde, weil die Bank laut Vereinbarung mit dem Kunden nicht verpflichtet sei, verschiedene Kassen zu halten, also eine Vermischung des Geldes eintrete und das Recht des Vertretenen sich in eine Geldsummenforderung verwandle, ohne daß Miteigentum entstände, da der einzelne Betrag dem Bestande der Bank gegenüber nie erheblich sein könne (vgl. § 948 BGB.). Es würde also dann regelmäßig Alleineigentum der Bank begründet. Das letztere ist aber schon fraglich; andererseits ersieht man aus den Ausführungen von Fröde die Unnatürlichkeit der Zahlungstheorie; es wird ja bei der Banküberweisung nichts bezahlt, sondern nur ab- und zugebucht. Späing a.a.O. S. 36 wendet gegen Brodmann ein, bei Annahme der direkten Stellvertretung müsse der Moment der Abschreibung auch der Moment der Zahlung sein. Brodmann a.a.O. S. 134 bezeichnet aber doch ausdrücklich die Abschreibung als vorbereitenden Akt. Die fiktive Zahlung erfolgt eben erst im Augenblick der Zuschreibung. Asher[23] und Mez[24] schließen sich den Ausführungen von Brodmann an. Mez definiert die Girozahlungen „als eine von der Bank als der Vertreterin des Zahlenden an sich als die Vertreterin des zu Bezahlenden geleistete Zahlung, die nur deshalb nicht sichtbar wird, weil die Bank an sich selbst die Zahlung leistet."

Die Zahlungstheorie wird vielfach bis in die neueste Zeit vertreten.[25] Nach ihr begründet die fiktive Zahlung den Anspruch des Begünstigten (vgl. § 667 BGB.), nicht irgendeine verpflichtende Erklärung der Bank gegenüber dem Empfänger.[26]

Die Wirkung, die die Umschreibung im Valutaverhältnis haben soll, wird durch diese Theorie gut erklärt, da ja durch

23) a.a.O. S. 53.
24) a.a.O. S. 69.
25) So z. B. v. Meese 1926 a.a.O. S. 31; Fröde a.a.O. S. 40 ff..
26) Brodmann a.a.O. S. 138.

die Stellvertretung der Bank der Ueberweisende unmittelbar an den Empfänger zahlt. Gegen Brodmanns Theorie läßt sich vor allem einwenden, daß die Bank nicht daran denkt, in fremdem Namen als Vertreterin des Kunden zu handeln, sondern daß sie die Gutschrift im eigenen Namen vornimmt. Die Annahme Brodmanns ferner, es handele sich um Zahlungen, ist eben eine Fiktion, aber keine Konstruktion. So auch Breit,[27] Feibelsohn[28] und ähnlich auch Späing.[29] Brütt a.a.O. S. 199 sagt: „Diese Theorie arbeitet mit ganz willkürlichen Fiktionen und setzt anstelle der zu erklärenden Phänomene völlig abweichende Tatbestände". Man vergleiche hierzu auch Hupka a.a.O. S. 268. Auch die Parteien haben bei Eingehen eines Girovertrages nicht die Vorstellung von fiktiven Zahlungen. Brodmann selbst gibt ZHR. 60, S. 285 in der Besprechung von Späings Schrift zu, daß die Annahme einer direkten Stellvertretung „den Anschauungen der betreffenden Verkehrskreise" nicht entspräche!

Cohns Theorie[30] — mit Roloff kann man sie Rechtsgeschäftstheorie nennen — ging schon früher davon aus, daß der Anweisende dem Begünstigten dadurch eine Forderung verschaffe, daß die Bank angewiesen wird, sich dem Empfänger gegenüber zu verpflichten und dieser die Verpflichtung als Zahlung annimmt. Die Forderung des Dritten sei eine „neue, selbständige und abstrakte Forderung, begründet durch den formellen Akt der Buchung auf dem betreffenden Konto, ähnlich der römischen Delegationsstipulation". Mit Recht zieht Cohn die römische Delegationsstipulation heran, denn mit der Erklärung, daß in der Buchung und der Mitteilung ein abstraktes Schuldversprechen liege gemäß § 780 BGB., ist dem Wesen der Gutschrift nicht Genüge getan; denn in dem Wesen des abstrakten Schuldversprechens liegt es nicht, daß sich nicht der Abgeber auf eine mangelnde causa berufen kann und dann das Schuldversprechen nach § 812 Abs. 2 BGB. zu kondizieren vermag. Die Parteien wollen aber gerade, daß die Bank sich nicht auf das Deckungsverhältnis berufen kann. Pezold sagt a.a.O. S. 41 sehr richtig: „Bei den selbständigen Schuldversprechen gibt es Causalbe-

27) ZHR. 64/485.
28) a.a.O. S. 68.
29) a.a.O. S. 38.
30) a.a.O. S. 1054.

ziehungen zwischen den Parteien, die in ihrer Wirkung nur abgeschwächt, aber nicht beseitigt werden."[31]

Auf gewisse Widersprüche Cohns in nebensächlichen Punkten, auf die Brodmann[32] aufmerksam macht, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Diese Theorie geht vollkommen richtig davon aus, daß die Bank im eigenen Namen sich dem Empfänger gegenüber verpflichtet; und zwar verpflichtet sich die Bank durch die Buchung, ohne daß eine Annahme des Empfängers stattfindet. Dies steht im Gegensatz zu der Funktion der Buchung im allgemeinen, die nämlich, wie erwähnt, nur die bereits vorgekommenen Geschäftsvorfälle und Leistungen festhalten soll. Cohns Standpunkt wird in ähnlicher Weise auch von Oertmann[33] vertreten. Auch er geht davon aus, daß die Bank dem Empfänger ein abstraktes Schuldversprechen erteile. Es läge eine Forderungsverschaffung vor. Brodmann[32] bekämpft diese Theorie, indem er darzulegen sucht, daß ohne Mitwirken des Empfängers das abstrakte Schuldversprechen nicht zustandekommen könne, zum mindesten müsse die Benachrichtigung dem Kunden zugegangen sein. Das Schuldversprechen könne nur so zustande kommen (S. 137), „daß die Bank in ihrer doppelten Eigenschaft als Vertreterin des Stipulators und als eigenhandelnder Promittent mit sich selbst kontrahiere." In dieser Modifizierung folgt Brütt[35] Cohns Theorie, also unter Heranziehung des Selbstkontrahierens. „In der Zuschreibung liege die Begründung einer delegationsabstrakten Forderung, deren Entstehung durch Selbstkontrahieren der Bank erfolge." Nun kann zwar durch die Buchung, die keine Unterschrift enthält, die schriftliche Form von § 780 BGB. nicht gewahrt sein, denn nach § 126 BGB. ist bei Schriftform Namensunterschrift erforderlich; jedoch hilft hier § 350 HGB., wonach die Unterschrift nicht erforderlich ist, wenn das Versprechen auf Seiten des Schuldners ein Handelgeschäft ist.[36] Dies übersieht Ramin,[37] der ausführt, daß die Buchung auf Girokonto als ein schriftlich vollzogenes Schuldversprechen ihrer Form nach nicht angesprochen werden könne. Die Begründung der Gutschrift, wie sie von Brütt vertreten wird, wird von vielen

31) Vgl. in diesem Zusammenhang auch von Tuhr, Iherings Jahrb. Bd. 48, S. 50.
32) ZHR. 48/126.
33) Verkehrsrechtliche Rundschau 3 Sp. 12.
35) a.a.O. S. 199.
36) So auch Brütt S. 200.
37) a.a.O. S. 38.

angenommen.[38] Aber es ist auch die Annahme des Selbstkontrahierens nicht notwendig, und sie entspricht nicht der tatsächlichen Sachlage; wenn Cohn auch selbst keine Begründung für die Entstehung des abstrakten Schuldversprechens angegeben hat und Schütz[39] sogar sagt, „daß sich keine juristische Begründung dafür geben liesse", so ergibt sie sich doch aus der Analogie zu § 784 BGB. Die Möglichkeit dieser Konstruktion ist im Folgenden ausführlich darzulegen.

Das Rechtsinstitut der Anweisung ist in den §§ 783—792 BGB. geregelt worden. Obwohl ziemlich ausführliche Vorschriften gegeben sind, wird die reine Anweisung sehr wenig im geschäftlichen Verkehr angewandt. Denn der Verkehr bedient sich der „schneidigeren" Zahlungsinstitute, die ihm im Wechsel und Scheck zur Verfügung stehen. Das geht so weit, daß Loewenfeld[40] bemerkt: „Die Geldanweisung hat, abgesehen von dem besonderen Typus des Kreditbriefes, aufgehört zu existieren und lebt nur noch in den Gesetzbüchern und den Werken der Juristen fort; ebenfalls S. 46, „daher steht das Recht der Anweisung in der Hauptsache nur auf dem Papier."

Die Frage, ob sich etwa der Giroauftrag unmittelbar als Anweisung im Sinne des BGB. darstellt, ist sofort verneinend zu beantworten. Der Giroauftrag kann nämlich mündlich und schriftlich erteilt werden und zwar nicht dem Begünstigten gegenüber, sondern der Bank, also dem Angewiesenen gegenüber. Dagegen verlangt § 783 BGB. Schriftlichkeit und Uebergabe der Anweisung an den Anweisungsempfänger.[41]

Würde man sich des argumentum e contrario bedienen, so ergäbe sich, daß jeder Sachverhalt, der nicht scharf den Tatbestand des § 783 BGB. erfüllt, keine Anweisung im Sinne des BGB. darstellt, und daß daher auch die sonstigen Anweisungsvorschriften keine Anwendung finden können; so z. B. Wienstein, Recht 06, S. 1418:

„Die völlige Lösung des Anweisungsakzeptes von jeder grundgeschäftlichen Beziehung läßt keine analoge Aus-

38) So K. Lehmann a.a.O. S. 817; vgl. auch hierzu Hellwig a.a.O. S. 103 Anm. 222.
39) a.a.O. S. 21.
40) a.a.O. Die Anweisung im Gesetz und Verkehr S. 29; ähnl. Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. vor § 783, 1 c.
41) Daher lehnt RG. Kom. § 783 Vorbem. 4 die Anwendung der Anweisungsvorschriften ab; ebenso Planck, Vorbem. vor § 783 d.

dehnung zu, sondern ist nur in Verbindung mit der für diesen Fall gegebenen Formvorschrift zu denken."

So auch Wiskemann,[42] Loewenfeld a.a.O. S. 12, der auch diesen Standpunkt auf den Wortlaut des § 783 stützt, hinter dem die Motive, die unten erwähnt werden, zurücktäten; ferner Laux,[43] Riehl.[44]

Mit Recht lehnt aber die herrschende Meinung das argumentum e contrario ab. Sie beschränkt den Begriff der Anweisung nicht auf den im BGB. geregelten Fall, sondern wendet viele Vorschriften auch auf die mündliche Anweisung an. So besonders Rümelin,[45] Ulmer,[46] Pezold a.a.O. S. 45, Staudinger.[47] Auf die unmittelbare Anweisung, die direkt dem Angewiesenen ausgehändigt wird, und auf die auf nicht vertretbare Sachen lautende Anweisung werden die Vorschriften des BGB. analog bezogen. Mit Heck[48] nennen wir solche Anweisungen „Extravaganten". Es wird betont, daß wirtschaftlich die Extravaganten dieselben Funktionen erfüllen wie die Anweisung des BGB., nämlich die Verhinderung unnützer Zahlungen und Vereinfachung der Zahlungsgeschäfte. So gewinnen die Vorschriften des BGB. als „allgemeines Anweisungsrecht"[49] erhöhte Bedeutung. Mit Recht führt auch Pezold a.a.O. S. 4 aus, daß sowohl die Anweisung zur Abgabe des Delegationsversprechens im römischen Recht formlos war als auch (S. 6) die Anweisung des gemeinen Rechts mündlich erteilt werden konnte, und leitet hieraus ein Argument für das allgemeine Anweisungsrecht her.

Daß dieses aber auch die Meinung der Verfasser des BGB. war, ergibt sich aus den Motiven:[50]

„Die Anweisung ist wie ein Wechsel ein selbständiges, aus dem Verkehrsleben herausgewachsenes Institut. Als solches ist jedoch von praktischer Bedeutung nur die schriftliche Anweisung. Der Entwurf beschäftigt sich deshalb nur mit dieser und überläßt es der Anwendung allgemeiner Grundsätze, wie der Ermittelung des Willens der

42) Wiskemann a.a.O. S. 30.
43) Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 07/93.
44) a.a.O. S. 36, 57, 58; ferner auch Wieland Arch. f. Ziv.Pr. 95/172; Düringer-Hachenburg Vorbem. 363, Anm. 39, ablehnend auch für Kaufleute.
45) Arch. f. Ziv. Pr. 97/262.
46) Arch. f. Ziv. Pr. 126/134, 149.
47) a.a.O. § 783, II; vgl. Oertmann, Vorbem. § 783, 1 d, e. Breit, Scheckgesetz Anh. zu § 3 Anm. 18; Warneyer 1930, § 783, 1.
48) Recht der Schuldverhältnisse § 131, 6.
49) Pezold a.a.O. S. 3.
50) II., S. 556 zu § 605.

Beteiligten, die Rechtswirkungen einer anderen Anweisung festzustellen."

Der Wille der Parteien geht bei der Bank- und Giroanweisung dahin, daß dem Begünstigten eine sogenannte delegationsabstrakte Forderung verschafft wird. Der Bank soll es nicht möglich sein, aus dem Deckungsverhältnis Einwendungen erheben zu können.[51] Die Parteien beabsichtigten also den Rechtserfolg, der in § 784 Abs. 1 normiert ist. Mit Recht bemerkt Brütt a.a.O. S. 9, daß

„es völlig abwegig sei, die Analogie deshalb abzulehnen, da Sondersätze überhaupt nicht rechtsähnlich erweitert werden dürften. Denn eine solche Einengung von Ausnahmevorschriften sei ein jeder Begründung ermangelndes Vorurteil. Vielmehr sei es Pflicht des Rechtspraktikers, den in einzelnen Rechtssätzen in die Erscheiung tretenden Gedanken mit Hilfe einer generalisierenden Induktion ausfindig zu machen."[52]

Man könnte nun einwenden, daß § 783 die Form schaffe, um das Publikum gegen Uebereilungen zu sichern. Aber es ist lediglich Schriftlichkeit gefordert, nicht anders wie in den §§ 780/781 BGB. Und weil gerade das Argument des Schutzes gegen übereilte Entschlüsse bei Kaufleuten nicht paßt, hat der Gesetzgeber in § 350 HGB. bestimmt, daß, wenn das Schuldversprechen auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 780 und des § 781, Satz 1 des BGB. keine Anwendung finden. Regelmäßig fallen aber die kontoführenden Banken unter den Begriff des Kaufmanns; denn nach § 1, II, Ziff. 4 HGB. gilt der Betrieb vom Bankier- und Geldwechslergeschäft als Handelsgewerbe, und nach Abs. 1 ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Was aber § 350 HGB. für §§ 780/781 BGB. bestimmt, muß auch Geltung haben für §§ 783, 784 BGB.; es muß den Kaufleuten möglich sein, auch lediglich durch Buchung den Rechtserfolg des § 784 herbeizuführen.[53]

Rümelin im Archiv Ziv.Pr. 98/223 geht zwar nicht so weit, wendet aber doch die Ausführungen die von Thur in J. J. 48, S. 50—62, im Hinblick auf § 784 BGB. macht, auch auf die Delegationsversprechen nach §§ 780/81 ohne weiteres an.

51) Vgl. insbesondere v. Tuhr, Allgem. Teil 2, II, S. 135.
52) Vgl. auch ferner Brütt a.a.O. S. 55.
53) Anderer Ansicht Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse § 200 II; Düringer-Hachenburg II, S. 559; L.Z. 1907, S. 846.

Wir kommen also dazu, auf die Giroanweisung die Anweisungsvorschriften des BGB. analog anzuwenden.

Bezüglich der Buchung auf dem Konto ist § 784 BGB. heranzuziehen. Nach der herrschenden Meinung ist die schriftliche Annahme eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die abstrakt verpflichtend ist.[54] Mit Oertmann ist dies aus § 784 Abs. 2 zu entnehmen, wo von Vermerk gesprochen wird, und aus der Analogie zu den sonstigen Wertpapieren; ferner spricht auch § 790 dafür. Wir lehnen es also gegen die herrschende Meinung ab, in der Gutschrift ein abstraktes Schuldversprechen nach § 780 BGB., § 350 HGB. zu sehen, sondern erklären die Gutschrift als einseitiges Schuldversprechen und stützen dieses auch auf Gewohnheitsrecht.[55]

Interessant ist es, wie auch bei der Konstruktion des Akzeptes wieder der Vertrag zugunsten Dritter herangezogen wird. Herbert Meyer[56] (und auch Pezold, a.a.O. S. 11) sieht in der Anweisung (Seite 101) „eine in Skripturform abgegebene Offerte des Ausstellers an den Bezogenen zum Abschlusse eines abstrakten Vertrages zugunsten eines Dritten, gerichtet auf eine Summenleistung. Das Akzept sei die Annahme dieser Offerte..." Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich, wenn wir an die Fälschung einer Anweisung denken. Hier liegt ja keine Anweisung vor. Trotzdem ist nach der vertretenen Ansicht die Bank aus einer Gutschrift dem Begünstigten zunächst verpflichtet; nach Herbert Meyer kann hier ja kein Vertrag zugunsten Dritter wegen mangelnden Konsenses zustande gekommen sein, und das Akzept entbehrte also jeder Bedeutung. Nichtigkeit der Gutschrift ergäbe sich auch bei Geschäftsunfähigkeit, Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Irrtum auf Seiten des Anweisenden. Nach unserer Ansicht bleibt die Bank trotzdem verpflichtet; denn wie könnte sich sonst der Begünstigte auf die Gutschrift verlassen. Es ist eine Kapitulation vor seiner eigenen Ansicht, wenn Pezold, S. 30, sagt:

> „Hat der Angewiesene sich jedoch durch entsprechenden Annahmevermerk auf der Anweisung zur Leistung an den Dritten verpflichtet, weil nichts den Mangel erkennen

54) Warneyer, § 784 I; Oertmann, § 784, 3 a; Enneccerus, Schuldverhältn., § 424 I; Brütt a.a.O., S. 192; RGK. § 784, 1; Rümelin, Arch. Ziv. Pr. 97/259; a.A. Planck, § 784, 1 c.

55) Dagegen bes. Düringer-Hachenburg II, S. 559, Anm. 40; Pezold a.a.O., S. 52; Staudinger, § 784 II, 3.

ließ, der die Gültigkeit derselben in Frage stellen konnte, so würde es den Grundsätzen von Treu und Glauben (!) widersprechen, wenn der Anweisungsempfänger resp. sein Rechtsnachfolger den Schaden tragen müsse, weil er der Anweisung das Vertrauen geschenkt hat, das er derselben dem Scheine nach schenken durfte."

Hier müsse man den Anweisenden als Verursacher des Schadens haftbar machen; „es genüge der Schein des Rechts (S. 30), um ein notorisches Recht entstehen zu lassen (Rechtscheintheorie)". Dagegen auch Oertmann a.a.O. Vorbem. vor § 783, 1 c: das sei mit der Vertragstheorie unvereinbar; es liege dann in Wahrheit kein Vertrag mehr vor.

§ 5.

Die Bedeutung der Mitteilung über die Gutschrift.

Im Reichsbank-Giroverkehr erfolgt der Zugang der Annahmeerklärung vereinbarungsgemäß an die Reichsbank selbst als Vertreterin des Kunden. Im Verhältnis zum Empfänger folgt aus dem eingenommenen Standpunkt, daß lediglich die Umbuchung maßgebend ist und nicht die Mitteilung darüber. Während nach den früheren Bestimmungen über den Giroverkehr mit der Reichsbank, Ziff 9 a, der Kontoinhaber ein Kontogegenbuch erhielt, das von Zeit zu Zeit abgestimmt wurde, ist nach den neuesten Bestimmungen vom 11. Februar 1929 vorgesehen, daß der Kontoinhaber die vorgenommenen Buchungen mitgeteilt bekommt. Aus der Vorschrift 9 e folgt deutlich, daß die Buchung der entscheidende Akt ist, denn es heißt:

„Der Empfänger einer Ueberweisung wird seitens der Reichsbank von der Erteilung des Auftrages durch Uebermittlung der von dem Auftraggeber hergestellten Durchschrift des Ueberweisungsauftrages benachrichtigt. Durch diese Benachrichtigung erwirbt der Empfänger der Reichsbank gegenüber ebensowenig einen Anspruch auf Vornahme der Gutschrift wie durch die Annahme des Ueberweisungsauftrages durch die Reichsbank."

Asher, a.a.O. S. 56, sieht dagegen die Buchung nur als Beweismittel dafür an, daß die Bank an sich selbst als Vertreterin des Empfängers geleistet habe. Diese Meinung ist abzulehnen,

56) Das Akzept, S. 99 ff.

da sie auf einer Fiktion beruht; die Bank erklärt lediglich, durch die Buchung einen Betrag zu schulden; allgemein ist der Buchungsvorgang als maßgebend erachtet worden, auch im Privatbankverkehr, in JW. 1922, 511; 1923, 500; 1924, 168; 1926, 2092; vgl. RG. 105/266 (269).

Von Canstein[57] betont, daß der Bucheintrag nicht konstitutiv wirke, sondern daß konstitutiv erst die Zustellung der Gutschriftanzeige sei, weil erst hierdurch, gemäß § 180 BGB., die dem Gläubiger abzugebende Erklärung wirksam werde. Diese Ansicht ist abzulehnen. Die Gutschriftsanzeige hat im Reichsbank-Giroverkehr immer, und auch im sonstigen Bankverkehr, falls nichts anderes vereinbart wird, deklaratorische Bedeutung;[58] sie wird regelmäßig im Kontokorrentverkehr abzusenden sein gemäß § 666 BGB., und wird auch regelmäßig gesandt,[59] damit der Kunde jederzeit über die Höhe des Kontostandes unterrichtet ist. Es kann indes im Privatbankverkehr vereinbart werden, daß die Gutschrift erst mit Zugehen der Gutschriftsanzeige erfolgt sein soll, dann wäre der Ansicht von Cansteins beizutreten, Warneyer, a.a.O., § 790 II, ist scheinbar auch im Privatbankverkehr für nur deklaratorische Bedeutung der Gutschrift; insbesondere auch das Reichsgericht (vgl. die Seite 20 erwähnten Entscheidungen).

Die Deutsche Bank und Diskontogesellschaft war so freundlich, Verfasser in einem Schreiben auf die Reichsgerichtsentscheidung Band 105, S. 266, und auf die Zeitschrift „Der Zahlungsverkehr" 1926, S. 188, hinzuweisen, woraus sich wohl ergibt, daß auch diese führende Bank der Mitteilung nur deklaratorische Bedeutung zumißt. Im Zweifel ist es auch für den gesamten Privatbankverkehr anzunehmen. Sonst wäre folgendes möglich: Ein Kunde weist eine Bank an, dem X einen Betrag gutzuschreiben, um diesem ein Darlehen zu geben. X ist im Debet bei der betreffenden Bank. Erfährt nun der Kunde von der Zahlungsunfähigkeit des X nach erfolgter Gutschrift in den Büchern der Bank, bevor aber die Bank dem X hat Mitteilung zukommen lassen, — dann könnte die Bank mit Recht den Widerruf seitens des Kunden ablehnen mit der Begründung, die Gutschrift sei ohne Mitteilung zustande gekommen.

57) ZHR. 60/168, Anm. 12.
58) In LZ. 1924, 137 ist diese Frage offen gelassen.
59) Vgl. Mitteilungen der Indusrie und Handelskammer Berlin 1924/242: „Im Bankwesen ist allgemein üblich, die Konteninhaber von jeder für sie eingegangenen Zahlung zu benachrichtigen."

Würde aber in diesem Falle nur der anweisende Kunde im Debet sein und zahlungsunfähig werden, so würde die Bank dem X das Geld nach erfolgter Gutschrift ohne Mitteilung gleichwohl nicht geben, da sie intern nach ihrer Ansicht die Gutschrift zu dieser Zeit doch noch widerrufen kann. Folgt man indes unserer Meinung, so könnte mangels besonderer Abrede jetzt kein Widerruf mehr stattfinden.

§ 6.

Weitere Folgerungen aus dem eingenommenen Standpunkt und Zusammenfassung.

Roloff, a.a.O. S. 15, behauptet nun allerdings, daß die Begründung einer Forderung durch Rechtsgeschäft grundsätzlich nur durch einen Vertrag geschehen könne (§§ 305, 780 BGB.), und daß eine einzelne Willenserklärung nicht eine derartige Verpflichtung erzeugen könne; aber es handelt sich bei der Ueberweisung um einen Vorgang, der nach unseren Ausführungen viel Aehnlichkeit mit der Anweisung hat; so führt auch der Kommentar von Düringer-Hachenburg[60] aus,

> „daß das Element der Anweisung in zahlreichen Rechtsinstituten und Rechtserscheinungen verborgen sei, so z. B. im gesamten Giroverkehr".

In § 784 BGB. hat doch das Gesetz die einseitige Willenserklärung zur Begründung der abstrakten Obligation genügen lassen, ohne daß eine Annahme des Empfängers zu erfolgen braucht. Zu vergleichen wäre auch der alte römische Litteralkontrakt, nämlich die Eintragungen in die Hausbücher über bloß fiktive Zahlungen (nomina transscripticia);[61] die Eintragungen erzeugten die abstrakten Geldschulden. Es entspricht dem Willen der Parteien, daß durch die Gutschrift das Forderungsrecht begründet wird, ohne daß eine Annahme des Kunden zu erfolgen braucht. Daher läßt sich so die Gutschrift einwandfrei erklären, ohne irgendwelches Selbstkontrahieren.

Im Ergebnis ebenso Staub[62], ferner Breit[63], J. v. Gierke[64], mit ähnlicher Begründung:

60) Vorbem. zu §§ 363 ff. Anm. 2.
61) Sohm a.a.O. § 70, S. 415; vgl. auch Stampe, Arch. Ziv. Pr. 107/284 ff.
62) a.a.O. Anh. zu § 363, Anm. 4.
63) Bankgesetz 1911 § 13 F.
64) Handelsrecht S. 589.

„Die Gutschrift sei ein neues selbständiges Schuldversprechen der Bank gegenüber den Aktivbeteiligten; damit hätten sich die Beteiligten einverstanden erklärt."

Das Reichsgericht steht ebenfalls in Entscheidung 54/331 auf diesem Standpunkt.[65] Anderer Meinung ist Späing, a.a.O., S. 29, „ein bloßer Bucheintrag hätte in unserem Recht keine derartige Kraft." Auch Meese, a.a.O., S. 32, steht auf dem Standpunkt, daß die Gutschrift konstitutiv wirke, und daß sie die Aeußerung des Willens der Bank sei, dem Kunden den gutgeschriebenen Betrag zu schulden, und daß von der erfolgten Umschreibung an dem Empfänger ein Forderungsrecht gegen die Bank zustünde. Nicht aber geht aus seinen Worten hervor, als was sich rechtlich die Gutschrift darstellt, ob sie etwa ein abstraktes Schuldversprechen ist; er sagt weiter, daß eine besondere Annahme der Leistung durch den Empfänger sich erübrige, da die Schuld getilgt sei, wenn die geschuldete Leistung in dieser Weise bewirkt werde, gemäß § 151 BGB. Er spricht also von der Leistung der Bank; jedenfalls vermißt man eine juristische Begründung, wieso die Gutschrift schon Leistung ist, da doch gewöhnlich ein einseitiges Versprechen noch keine Leistung darstellt.

Roloff, a.a.O., S. 15 ff., geht nun noch weiter und erkennt überhaupt der Gutschrift die rechtsgeschäftliche Natur ab:

„Es sei der Wille der Parteien, daß die Bank die Beträge, die sie gutschreibt, schulde; daher sei schon in der Verabredung des Girovertrages ein abstraktes Schuldversprechen enthalten, in dem die Bank sich verpflichte, die gutgeschriebenen Beträge zu zahlen", und Seite 18: „Die Gutschrift erhält .... ihre rechtsbegründende Kraft aus dem Girovertrage und ist eine (nicht rechtsgeschäftliche) Willensäußerung ohne Kundgebungszweck".[66]

Es geht aber zu weit, diese Vorstellungen den Parteien unterstellen zu wollen. Auch steht etwas Derartiges nicht in den üblichen Bankbedingungen. Natürlich ist allein die Theorie, daß durch die Buchung jedesmal das delegationsabstrakte Versprechen erfolgt. Ferner erwähnt Roloff, S. 17, daß nach der

65) Ebenso Gruchot 68/525; DJZ. 1924/911; OLG. 6/76; Bankarch. 1924/287; LZ. 1924/137; Giesecke in JW. 1926/1147; Seufferts Arch. 78/191.

66) In der Rezension von Roloffs Schrift im LZ. 1930, S. 341, faßt Prof. Dr. L. Pesl die Umschreibung als eine Tatsache auf, an die sich rechtliche Wirkungen knüpfen!

Rechtsgeschäftstheorie eine Vertretungsmacht des Buchhalters unterstellt werden müßte, was bei seiner Theorie nicht nötig sei. Hierzu ist zu sagen, daß ein Buchhalter regelmäßig keine Vertretungsmacht hat, dann müßte er schon Handlungsbevollmächtigter sein. Mit dem Begriffe des Buchhalters ist die Vollmacht gewöhnlich nicht verbunden, wie noch ausgeführt wird. Außerdem führt er selbst, S. 18, H. Lehmann[67] an, nach dem die Willensäußerungen in Analogie zu den Willenserklärungen zu behandeln sind. Also folgt doch auch nach Roloff hieraus, daß die Gutschriftserteilung im einzelnen Falle durch einen Vertreter erfolgen muß. Daher ist sein Argument nicht verständlich.

Aus dem eingenommenen Standpunkt folgt im Verhältnis zum Anweisenden, daß die Bank, wenn sie dem Ueberweisungsempfänger für Rechnung des Ueberweisenden geleistet hat ,diesem ohne weiteres in Analogie zu § 787 BGB. die Zahlung im Konto belasten kann, unabhängig davon, ob der Kunde im Debet oder Kredit ist; die Zahlung begründet für sie eine Forderung.[68] Ist aber schon vorher das Konto des Ueberweisenden belastet, so ist dadurch noch nicht die Gutschrift ausgeführt; entscheidend ist der Augenblick der Zuschreibung.[69] Durch diese Konstruktion erübrigt es sich, anzunehmen, daß mit der Leistung der Bank diese eine Ersatzforderung erwirbt gemäß § 670 BGB.,[70] die sie gegen das Guthaben des Kunden aufrechnet, zumal ja im Kontokorrentverkehr nicht immer ein Guthaben vorhanden ist; oder daß die Bank schon vorher durch Aufrechnung gemäß § 669 einen Vorschuß geleistet bekäme von dem Ueberweisenden, so K. Lehmann, a.a.O., S. 817; oder daß von vornherein der Ueberweisende im Augenblick der Zuschreibung auf seine Forderung verzichtet.[71]

Die analoge Anwendung der §§ 784, 788, 787 I BGB. wurde bereits erwähnt. § 785 fällt weg, da es sich ja um eine unmittelbare Anweisung handelt und keine Urkunde vorhanden ist. Daher kommt auch § 792 nicht in Frage, ebensowenig wie

67) Allgem. Teil, a.a.O. S. 207/8.
68) So auch Späing, S. 62, a.a.O.; Metz, S. 72; vgl. Oertmann, a.a.O. § 783,4; ferner Dür.-Hachenburg Vorbem. § 363, Anm. 7.
69) So Staub, a.a.O. Anh. 363, Anm. 4 RG. 54/331.
70) So Ramin a.a.O. S. 36; Oertmann, Verkehrsrechtliche Rundschau, a.a.O.; Brodmann, ZHR. 48/133
71) So Gierke HDR. Art. Giroverkehr; Staub, a.a.O. Anh. zu § 363, Anm. 4; diese Konstruktion versagt auch dann, wenn kein Guthaben vorhanden ist.
72) Ebenso Brütt, S. 191.

§ 789.[72] Mit Recht bemerkt Pezold,[73] daß auch § 786 von der zweiten Kommission eingeführt wurde, um die Gefährlichkeit der schriftlichen Annahme zu mildern (Protok. II, Les. 2, S. 384 ff.). Da aber dieses Argument bei Kaufleuten nicht durchschlägt, ist die analoge Anwendbarkeit des § 786 abzulehnen. § 784 II ist anzuwenden. Lediglich aus einem Guthaben des Kunden bei der kontoführenden Stelle ergibt sich noch keine Pflicht zur Buchung. Diese folgt erst aus dem Bankvertrage. § 790 BGB. entspricht auch dem Sachverhalt bei der Giroüberweisung. Der Widerruf des Kunden ist möglich bis zur erfolgten Buchung auf dem Konto. Hat die Buchung stattgefunden, ist ein Widerruf erfolglos.[74] Auch § 791 ist analog anzuwenden. Dies führt für den Scheck und die Giroanweisung auch Breit unmittelbar aus.[75]

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die Ueberweisung auf Grund des Girovertrages erfolgt, der sich als Dienstvertrag darstellt, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Durch den Girovertrag hat sich die Bank verpflichtet, nach der Weisung (§ 665 BGB.) des Ueberweisenden Gutschriften zu erteilen. In Analogie zur Anweisung enthält der Ueberweisungsauftrag die Ermächtigung, also die Befugnis, sich dem Empfänger durch die Gutschrift abstrakt zu verpflichten. Diese Verpflichtung erfolgt durch die Buchung.

II. Besonderer Teil.

§ 7.

Der rechtsgeschäftlich handelnde Teil bei der Gutschrift.

Es wurde festgestellt, daß die Gutschrift im Gegensatz zur Ansicht von Roloff ein Rechtsgeschäft ist. Da nun meistens doch die Gutschrift von den Buchhaltern angefertigt wird, so ist zu prüfen, wer hier rechtsgeschäftlich für die Konto führende Stelle handelt.

Es könnte der Buchhalter in Frage kommen. Dieser fällt zunächst unter § 59 HGB.; denn er ist in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt; er ist also Handlungsgehilfe. Hiervon ist aber streng

73) a.a.O. S. 51.
74) Eigenartig Ritter, Handelsges.Buch § 363/13.
75) Scheckgesetz, Anh. zu § 3, Anm. 41.

zu scheiden die Bevollmächtigung, auf Grund deren die Handlungsgehilfen zugleich Vertretungsmacht zum Abschluß von Rechtsgeschäften für den Prinzipal erhalten; dann wären sie zugleich Handlungsbevollmächtigte im Sinne von § 54 HGB.. Dies ist regelmäßig bei den Buchhaltern nicht der Fall. Sie haben lediglich die Aufgabe, die Geschäftsvorfälle zu buchen, nicht aber selbst zu handeln; sie sind nur ausführende Gehilfen, die vorwiegend mechanische Arbeiten zu verrichten haben. Eine Gutschriftserklärung geht regelmäßig vom Chef selbst aus oder vom Vorsteher der Korrespondenzabteilung bei größeren Banken, indem dieser die Gutschriftsanzeige abzeichnet oder sie unterschreibt.

§ 8.

Die Erfüllung der Geldschuld durch die Gutschrift.

Die Frage, wann bei Banküberweisungen erfüllt und bezahlt ist, ist sehr wichtig, da sich beim Zahlungsverzug ,z. B. bei der Mietszahlung (§§554, 326 BGB.), erhebliche Folgen ergeben und der Vermieter beim zweiten Verzuge sofort kündigen kann (vgl. RG. 99/257). Auch hinsichtlich der Aufwertung ist diese Frage von Bedeutung, ob nämlich vor oder nach dem 15. Juni 1922 geleistet ist (§ 15 Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 1925).

Nach der heute herrschenden Meinung ist eine Geldschuld als Wertschuld aufzufassen; das bedeutet, daß nicht eine bestimmte Gattung von Geldsorten geschuldet wird, sondern der Wert der genannten Summe.[1] Die Zahlung hat in Münzen oder Noten (Geldzeichen) der Reichswährung[4] zu erfolgen; (Argument aus § 244 BGB.); vergleiche hierzu auch Nußbaum:[2]

> „Ihre (der Geldzeichen) physische Beschaffenheit ist vorbehaltlich der währungsgesetzlichen Sondervorschriften völlig belanglos."

Nach § 270 BGB. ist eine Geldschuld eine Bringschuld: der Schuldner hat dem Gläubiger das Geld an dessen Wohnsitz zu übermitteln. Wenngleich nun auch z. B. Bendixen[5] von Gi-

1) So auch Enneccerus, Schuldverhältnisse § 231 I, 1a; Wolff in Ehrenbergs Hdb. IV, S. 637.
2) Das Geld 1925, S. 67.
4) Geld im Rechtssinne gleich „diejenigen Sachen, welche von Rechts wegen die Bestimmung zur Leistung des abstrakten Wertes haben"; Sohm a.a.O. S. 371.
5) a.a.O. S. 16.

ralgeld spricht, so ist doch die Zahlung durch Ueberweisung auf ein Konto, die Begründung einer Forderung des Gläubigers gegen eine Konto führende Stelle, und die körperliche Zahlung durch Geldzeichen etwas Verschiedenes.[3] Nach § 362 BGB. erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Wird also geschuldetes Geld auf das Bankkonto des Gläubigers überwiesen und diesem gutgeschrieben, ohne daß der Gläubiger sich mit einer derartigen Erfüllung einverstanden erklärt hat, so ist zunächst das Schuldverhältnis nicht erloschen. Dies wird von einigen Schriftstellern bestritten. Auch OLG. Dresden, Rechtspr. 37/21, erklärt, daß es der Verkehrssitte entspräche, daß Zahlungen unter Kaufleuten durch Banküberweisung bewirkt werden. Isele, Arch. Ziv. Pr. Bd. 129/165, sagt, daß

> „der Geldgeber sich grundsätzlich Zahlung durch Ueberweisung gefallen lassen müsse, und daß nur im einzelnen Falle nach den Umständen die Ueberweisungsform ausnahmsweise gegen Treu und Glauben verstoße und daher unzulässig sein könne".

Er begründet das mit der allgemeinen Benutzung der Ueberweisung als Zahlungsmittel, mit ihrer die Barzahlung überwiegenden Bedeutung und mit der Unerheblichkeit der Risikomomente, die für den Gläubiger in der Ueberweisung noch lägen. Auch Franz Leonhard[6] ist derselben Ansicht; statt der baren Leistung könne auch im weiten Umfange eine bargeldlose erfolgen. „Insbesondere darf die Leistung an den Inhaber eines Bank- oder Postscheckkontos regelmäßig auch durch Ueberweisung auf dieses Konto erfolgen". Er betrachtet dies als wirkliche Zahlung. Die Geldschuld sei auf das Geld als Vermögensmacht gerichtet. Leonhard sieht die bargeldlose Zahlung daher „als die eigentliche normale Erfüllungsform" an. Ferner bejaht in Holdheims Monatschr. 1912, S. 11, Dr. Paul Hausmeister, „daß die bloße Tatsache, daß der Gläubiger ein Postscheckkonto besitzt, dem Schuldner gestatte, durch Benutzung jenes Kontos alle seine Verpflichtungen zu erfüllen". Wir können dieser Ansicht nicht folgen. Sie wird auch als zu weitgehend abgelehnt von Enneccerus-Lehmann[7] und Oertmann[8]. Zunächst ist gegen Leonhard zu betonen, daß, wie dargelegt, eine Geldschuld zwar eine Wertschuld ist, aber daß sie

3) So auch Nußbaum a.a.O. 67.
6) Allgem. Schuldrecht des BGB. S. 113.
7) § 61, Anm. 4.

trotzdem auf Leistung körperlicher Geldzeichen geht. Das geht aus den §§ 244, 245, 270 BGB. hervor. Dann ist weiter auch gegen Isele zu sagen, daß es dem Gläubiger sehr oft darauf ankommt, gerade nicht auf sein Bankkonto Geld überwiesen zu bekommen. Er kann z. B. im Debet sein und kein Interesse daran haben, daß seine Schuld durch die Aufrechnungsbefugnis, die die Bank hat, gemindert wird.[9] Auch kann er sehr oft ein Interesse daran haben, daß eine Geldzahlung nicht durch die Bücher der Bank läuft und seine Verbindungen damit alle der Bank offenbar werden. Es ist zuzugeben, daß diese Fälle nicht allzu häufig vorkommen, aber es bedeutet trotzdem eine Benachteiligung des Gläubigers, wenn er sich ohne weiteres mit einer Bankzahlung zufrieden geben soll; das Risikomoment, das in einer Ersetzung der baren Zahlung durch eine Forderung gegen die Bank liegt, ist auch, wenn wir an die Krise denken, in der die Privatbanken sich im Jahre 1929 befanden, wieder von größerer Bedeutung. Dagegen spricht auch nicht, daß im Bankarchiv 25/81 verlangt wird, daß der Gläubiger, der Barzahlung verlangen kann, nach Treu und Glauben verpflichtet ist, gegen eine ihm avisierte Ueberweisung Widerspruch zu erheben, wenn nicht aus seinem Stillschweigen eine Annahme als Erfüllung geschlossen werden soll.

Wir kommen also zur Ablehnung der Ansicht von Isele und der anderen Vertreter dieser Meinung. Da also die Zahlung durch Ueberweisung eine andere als die geschuldete Leistung darstellt, zieht mit Recht die herrschende Meinung den § 364 BGB. heran.[10] Es handelt sich also dann hierbei um eine Leistung an Erfüllungsstatt. Dazu ist notwendig, daß der Gläubiger die Ueberweisung statt der Erfüllung annimmt. Die Vereinbarung über die Annahme an Erfüllungsstatt ist ein Vertrag.[11] Dieser kann ausdrücklich, aber auch stillschweigend geschlossen werden; der Gläubiger hat z. B. seine Bankadresse durch Aufdruck auf Briefbogen oder durch öffentliche Bekanntgabe in Adreßbüchern,Telephonverzeichnissen etc. kundgegeben. Hierin liegt konkludent die Offerte, daß der Gläubiger die Ueberweisung auf das betreffende Konto statt Barzahlung als Erfüllung annehmen will. Gemäß § 151 BGB. nimmt

8) Schuldverhältnisse, § 362,3 b, a.
9) Vgl. Staub, Anh. zu § 372, Anm. 60 c.
10) Ebenso Enneccerus-Lehmann § 62, Anm. 4; Dr. Grüllich a.a.O., Vorbem. Staud. vor § 362 II, 2 b; Cohn a.a.O. S. 1053; Kress a.a.O. S. 455; Staub, Anh. zu § 372 Anm. 60 b.
11) Dagegen Grüllich a.a.O.

der Schuldner diese Offerte konkludent an durch Ueberweisung des Betrages auf Konto. Es sind hierbei also zu unterscheiden, mit Warneyer, Rechtspr. 1928/133,[12] die Leistung selbst und die Annahme der Leistung durch vorhergehende oder spätere Vereinbarung. In der erwähnten Entscheidung spielte die Annahme der Leistung eine große Rolle, weil am 14. Juni 1922 eine Hypothekenschuld überwiesen wurde und nach §§ 14, 15 Aufwertungsgesetz der Gläubiger keine Aufwertung verlangen kann, wenn er die Leistung vor dem 15. Juni 1922 angenommen hat.

Die Leistung selbst ist nach unserer Konstruktion erst mit erfolgter Gutschrift zustande gekommen.[13] Vorher kann also niemals eine Erfüllung stattgefunden haben. Der Auftrag zur Giroüberweisung ist noch keine Zahlung.[14] Denn vor erfolgter Gutschrift steht ja dem Schuldner gegenüber der Bank noch ein Widerrufsrecht[15] zu, sodaß für den Gläubiger noch gar keine Verfügungsmöglichkeit entstanden ist. Unsere Ansicht ergibt sich auch aus § 788 BGB.;[16] ganz anders in diesem Zusammenhang die Bekanntmachung des Patentamts über Zahlungen der Gebühren im Reichsanzeiger vom 27. Juni 1917 (cit. Gruchot 63/136), wonach der Barzahlung gleichgeachtet wird der „Eingang des Auftrags zur Gutschrift auf das Reichsbank-Girokonto des Patentamts bei der Reichshauptbank . . ."

Hat also der Gläubiger sich mit der Girozahlung durch Bekanntmachung vorher einverstanden erklärt, so ist die Schuld getilgt mit erfolgter Gutschrift, auch wenn die Gutschrift im Kontokorrentverkehr erfolgt (a. A. DJZ. 1930/1122[17]). „Sie ist zwar nicht Zahlung, aber im voraus genehmigte Leistung an Erfüllungsstatt".[18]

Die Schuld des Ueberweisenden ist aber auch dann getilgt, wenn sich wegen eines vorhandenen Debets des Empfängers die Bank weigert, diesem den überwiesenen Betrag auszuzahlen. Daher kann nunmehr auch der Ueberweisende nicht etwa den Auftrag widerrufen mit der Begründung, er wolle nur

12) Zu vgl. auch Warn.R. 1929/43.
13) Vgl. auch Mitteilungen d. Industr. u. Handelsk. 1924/436.
14) So auch JW. 1930/2391; RGR.-Kom. § 788,3; dagegen Meyer in Gruch. 63/148.
15) So insbes. LZ. 1920/482.
16) Vgl. auch RG. in Holdheims Monatsschr. 17. Jahrg. S. 308.
17) Reichsgerichtsurteil v. 5. März 1930: „Maßgebend sei es, ob der Zedent (Begünstigter) die Gegenleistung, sei es durch Verrechnung, sei es durch Abhebung, erhalten habe; da der 15. Juni 1922 vor der Abrechnung am 30. Juni 1922 läge und keine besondere Vereinbarung getroffen wäre, könne keine Annahme der Leistung im Sinne von § 17 Aufwertungsgesetz v. 16. 7. 25 stattgefunden haben."
18) Staudinger a.a.O., Vorbem. vor § 362 II, 2 b.

b a r e Zahlung seitens der Bank an den Empfänger erreichen (so insbesondere Gruchot B. 68/525).

Ueberweist der Schuldner ohne Einverständnis des Gläubigers den Schuldbetrag auf dessen Bankkonto, so kann die Schuld frühestens in dem Zeitpunkt getilgt sein, in dem der Gläubiger von der Ueberweisung erfährt.[19]

§ 9.

Die Gutschrift auf Grund barer Einzahlung des Schuldners bei der Bank des Gläubigers.

Der Unterschied zu der Ueberweisung liegt hier darin, daß der Schuldner in diesem Falle die Schuld insoweit erfüllt, als ihm die Uebereignung von Geldzeichen obliegt, aber nicht gegenüber dem Gläubiger selbst, sondern gegenüber einem Dritten, der Bank. Hier ist die Bank sogenannter solutionis causa adjectus, und der Schuldner ist in dem Augenblick der Einzahlung an die Bank befreit, aber nicht erst mit der Gutschrift auf das Konto des Empfängers; man käme mit § 185 BGB. zu demselben Ziele;[20] Staub[21] bemerkt mit Recht auch hierzu, daß die Zahlung im Gegensatz zum Ueberweisungsauftrag unwiderruflich ist.

Eine andere Frage ist es, wann hier der Gläubiger gegen seine Bank die Forderung erwirbt. Hierzu ist zu bemerken, daß zwar die Bank aus dem Geschäftsbesorgungsvertrage mit dem Gläubiger nach den §§ 675, 667 BGB. zwar schon Schuldner des Empfängers ist, daß aber durch die nachher erfolgende Gutschrift auf das Konto des Gläubigers eine neue abstrakte Verpflichtung zu dieser Schuld hinzutritt, als Wirkung der Gutschrift wie oben dargelegt.[22] Ebenso insbesondere Entscheidung des Reichsfinanzhofs Bd. 14, S. 32. Dagegen ist Stampe, Arch. Ziv. Pr. 107/296, der Ansicht, daß die Gutschrift

19) So auch Warneyer, Rechtsprechung 29/174; RG. 107/28.

20) Im Ergebnis ebenso Warneyer a.a.O. § 362 III, Oertmann a.a.O. § 362, 3 b, a, Abs. 2. A.A. Isele Archiv Ziv. Pr. 129/159, der die Gutschrift entscheidend sein läßt; JW. 1926, 2092; Meese a.a.O. S. 28.

21) a.a.O. Vorbem. vor § 362.

22) Vgl. auch hinsichtlich der Frage, wann das zur Einlösung von Schecks verpflichtende Guthaben vorliegt, die interessante Entscheidung des RG. v. 10. 12. 1929, Gruchot 1930/409 ff. (Bankarchiv 29. Jahrg. S. 259) in Sachen der Darmstädter- und Nationalbank. Es handelt sich um die Bestimmung des § 3 Scheckges., und zwar um die Frage, ob auch schon ohne Gutschrift die Bank verpflichtet ist, lediglich auf Grund der Einzahlung zugunsten des Scheckkontoinhabers wenige Stunden später präsentierte Schecks zu honorieren, ohne daß das Konto bereits die Gutschrift aufweist. Mit Recht verneint dieses das Urteil: Ein Guthaben im Sinne des § 3 Scheckges. sei erst mit der Gutschrift auf Konto vorhanden.

z. B. von Zinsen kein rechtsgeschäftlicher, sondern ein rein bekundender Akt sei. Man muß aber die Gutschrift einheitlich erklären. Ebenso wie oben ist zu entscheiden, wenn die Bank selbst Schuldnerin ist aus Effektenverkäufen, Couponeinziehung etc. Immer ist die Wirkung der Gutschrift, die Schaffung einer neuen abstrakten Verpflichtung, dieselbe, gleichviel aus welchem Grunde sie erfolgt.

Die gleiche Wirkung tritt auch bei baren Einzahlungen des Kunden selbst auf eigenem Konto ein. Bei baren Abhebungen des Kunden wird bei reiner Girokontenführung unmittelbar das Guthaben des Kunden verringert infolge Rückzahlung der Schuld des Kontenführers. Im Kontokorrentverkehr ist es anders. Zahlungen des Bankiers, als welche sich Abhebungen darstellen, dienen nach dem Wesen des Kontokorrents nicht dazu, irgendeine Schuld zu tilgen, sondern begründen nur Forderungsposten des Bankiers, mit denen der Kunde belastet wird. Es fragt sich, woher diese Forderungen bei der Zahlung kommen. Mit der Hingabe des Geldes entsteht wie bei dem Darlehen gemäß § 607 BGB. die einseitige Verpflichtung des Kunden, der Bank das Geld in der gleichen Art, Güte und Menge zurückzuerstatten, und wegen dieser Forderung belastet die Bank den Kunden; es muß also eine Einigung erfolgen bei der Hingabe des Geldes zwischen dem Kassierer, der als bevollmächtigter Stellvertreter der Bank handelt, und dem Kunden derart, daß in der Zahlung des Geldes und dem Empfang seitens des Kunden der Konsens darüber liegt, der Kunde solle zur Rückerstattung verpflichtet sein. Diese Rückerstattung soll nach dem Wesen des Kontokorrents bei Saldoziehung durch Verrechnung mit den etwaigen Forderungen des Kunden stattfinden. Bis dahin wird der Kunde für die Zahlung belastet.

§ 10.

Verzögerung der Gutschrift durch Verschulden der Bank.

Falls die Bank bei Ueberweisung eine Gutschrift durch eigenes Verschulden verzögert, so muß dafür der Empfänger aufkommen. Denn er bediente sich ihrer bei der Zahlung als Erfüllungsgehilfin, und der Empfänger muß daher einVerschulden seiner Bank infolge verspäteter Buchungen tragen, sodaß trotzdem der Schuldner frei wird von seiner Schuld.[23] Haben

23) So Staub, Anh. zu § 372, Anm. 60a; Leonhard, a.a.O., Seite 113, Bankarchiv 23/77 vgl.; Warn. Rechtspr. 1927, S. 171.

beide, Schuldner und Gläubiger, Konto bei derselben Bank, so ist es eine Frage des einzelnen Falles, ob der Empfänger die Schuld zu tragen hat, denn die Bank ist zugleich Gehilfin des Schuldners bei der Zahlung.

§ 11.

Die Gutschrift ohne Girovertrag.

Schreibt eine Bank auf Anweisung eines Kunden einem Dritten einen Betrag gut, obwohl derselbe kein Konto dort besitzt, also keinen Girovertrag eingegangen ist, so würde nach unserer Konstruktion der Dritte gleichwohl forderungsberechtigt sein. Nach Roloffs Ansicht, der ja im Eingehen eines Girovertrages schon ein abstraktes Schuldversprechen erblickt, würde der Dritte keine Rechte aus der Gutschrift herleiten können, da ja kein Schuldversprechen erfolgt ist.[24] Bei einem Konkurse des Auftragsgebers hätte also die Bank noch die Möglichkeit, das Debet des Kridars um diese Summe zu verringern, und der Dritte hätte nur eine Konkursforderung gegen den Kridar, auch hierin zeigen sich die eigenartigen Konsequenzen der Roloffschen Theorie. Zahlt der Schuldner den geschuldeten Geldbetrag bei einer Bank ein, bei der der Gläubiger kein Konto hat, so ist der Schuldner erst dann befreit, wenn der Gläubiger genehmigt. Es gilt hier die Vorschrift des § 362 II BGB., oder es handelt die Bank als falsus procurator; so auch Planck a.a.O. § 362,2 f.

§ 12.

Fehlerhafte Gutschriften.

Bei der großen Anzahl von Buchungen, die durch die Ueberweisungen nötig werden, ist es eine naturgemäße Folge, daß oft Buchungen irrtümlich erfolgen, u. a. durch doppelte Gutschriften und unberechtigte Gutschriften infolge falscher Adressierung, und daß andererseits auch Außenstehende sowie sogar Angestellte der Banken selbst diese Einrichtung zu betrügerischen Manipulationen benutzen. Hierüber soll im Folgenden gehandelt werden.

24) Aehnlich auch Koenige-Teichmann HGB. § 362,3 c,

Wenn dem Kunden ein Betrag gutgebracht ist, für den kein Auftrag erteilt war, oder dem ein gefälschter Auftrag zugrunde lag, so pflegen die Banken meistens nach Kundwerden dieses Fehlers einseitig diesen Posten zu stornieren. „Stornieren" bedeutet, daß der Bankier den Saldo des Kontos berichtigt durch Einsetzung eines Gegenpostens; buchungsmäßig erklärt er Aufrechnung seiner Bereicherungsforderung mit der Gutschrift; meistens geschieht dies zu Lasten der Kunden, d. h., daß dem Kunden die Forderung gegen die Bank in der Höhe vor der Berichtigung bestritten wird, bezw. das Debet des Kunden vergrößert wird. Mit Recht bemerkt Brütt a.a.O., S. 201, in Anm. 1, daß es ohne Einfluß auf den Begriff des Stornierens sei, ob der Bankier zu Recht oder zu Unrecht das Storno ausführt. Nun haben aber z. B. schon die Gerichte Fälle beschäftigt, in denen Dritte Ueberweisungen fälschten und dann durch Vorspiegelungen die fälschlich Begünstigten dazu verleiteten, ihnen auf Grund der angeblichen Gutschrift irgendwelche Werte auszuhändigen, so z. B. in LZ. 1924/137. Diese Kunden werden also mit dem Storno der Bank nicht zufrieden sein, da sie ja auf die Gutschrift vertrauten. Auch hier ergibt sich eine gerechte Lösung gemäß der dargelegten Auffassung der Gutschrift. Bei der Bank liegt ein Irrtum im Motiv vor, da in Wahrheit keine Anweisung erteilt war infolge der Fälschung des Ueberweisungszettels; falls also eine Belastung des angeblich Anweisenden erfolgt ist, ist diese zu stornieren, was nur eine Berichtigung seines Kontos bedeuten kann, denn dessen Guthaben war nie vermindert, da die Bank keinen Regreßanspruch gegen ihn hat. Da die Erklärung als einseitige Erklärung verpflichtend wirkt, gegenüber dem scheinbar Begünstigten, so kann sie ohne weiteres nicht mehr zurückgenommen werden, z. B. durch Durchstreichen. Die Bank darf nicht über das Konto eines Kunden ohne seine Genehmigung verfügen. Sie kann nur eine Gegenforderung erheben; dies alles ergibt sich aus der dargelegten Konstruktion der Gutschrift als delegationsabstrakten Schuldversprechens, das die Bank im eigenen Namen erklärt.

Der einzige Ausweg, die Folgen der Gutschrift rückgängig zu machen, ist die Geltendmachung der ungerechtfertigten Bereicherung, die zunächst einmal der Kunde mit der Gutschrift erfahren hat. Die Möglichkeit dieser Konstruktion ist jetzt zu untersuchen.

Da es sich bei der Banküberweisung um eine Anweisung handelt, können wir zwei Verhältnisse unterscheiden: die Beziehung des Ueberweisenden zur Bank, das sogenannte Dekkungsverhältnis, und die Beziehung des Ueberweisenden zum Begünstigten, das sogenannte Valutaverhältnis.

Zwischen der Bank und dem Ueberweisungsempfänger besteht keine Beziehung. Daher ist insoweit die Gutschrift abstrakt. Die causae liegen im Deckungs- und Valutaverhältnis. Mit Recht bemerkt Oertmann[25], „daß die Leistung sich nicht auf ein bestimmtes Verhältnis beziehen kann, daß sie abstrakt sein müsse, wenn sie in beide Verhältnisse einschlagen soll." Durch die Ermächtigung des Ueberweisenden in Verbindung mit den beiden Kausalverhältnissen wird bewirkt, daß die Bank die Leistung dem Auftraggeber in Rechnung stellen darf, und daß der Begünstigte sie gemäß der Abrede mit dem Auftraggeber verwendet, je nachdem eine causa solvendi, causa credendi oder donandi vorliegt. Hat nun also die Bank, wie der Girozettel es verlangt, an den richtigen Empfänger geleistet, ist aber diese Zuwendung seitens des Ueberweisenden an den Begünstigten grundlos erfolgt, so liegt tatsächlich eine durch die Bank erfolgte mittelbare Zuwendung des Ueberweisenden an den Empfänger vor, und es kann lediglich der Ausgleich gemäß § 812 BGB. zwischen dem Ueberweisenden und dem Empfänger stattfinden.[26]

Hat aber z. B. die Bank geleistet an den Empfänger, der Gläubiger des Ueberweisenden war, da sie irrtümlich ein Guthaben des Ueberweisenden annahm, so kann die Bank sich lediglich an den Ueberweisenden halten, denn nur letzterer ist bereichert durch die Zuwendung der Bank an den Empfänger, nicht dieser; die Forderung des Empfängers gegen den Ueberweisenden ist ja durch die mittelbare Zuwendung getilgt.

Liegt aber eine gefälschte Anweisung vor, dann ist unmittelbar im Sinne von § 812 BGB. der Empfänger zu Lasten der Bank bereichert. Der eigentliche Grund der Zuwendung war für die Bank die Annahme, daß ein Auftrag vorlag, und da dieser Rechtsgrund nicht besteht, andererseits auch nicht der fälschlich Ueberweisende bereichert ist, da auch er keine Beziehungen zu dem Empfänger hat, so ist der Empfänger zu Lasten der Bank unmittelbar bereichert. So auch von Tuhr[27]

25) Schuldverhältnisse § 783, Vorbem. 1 b.
26) So auch von Tuhr, Allgem. Teil, 2. Bd. II, S. 99.
27) dto.

und Planck[28], der mit Recht in diesem Falle bemerkt, daß es „dem Rechtsgefühl widerspreche, wenn man die Anweisung nicht als den rechtlichen Grund betrachte und dem Angewiesenen einen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung versagen wolle".[29]

Hier nun handelt es sich um ein Schuldversprechen. Dieses ist gemäß § 812 Abs. 2 BGB. auch als Leistung im Sinne von § 812 Abs. 1 anzusehen. Wenn also eine Bank in unserem Falle den Posten storniert hat, so bedeutet das, daß sie sich dem Kunden gegenüber der Einrede der condictio bedient. Wenn aber, wie bereits angedeutet, auf Grund der Gutschrift der Kunde irgendwelche Werte betrügerischen Personen ausgehändigt hat, so fragt es sich, welche Wirkung der Wegfall der Bereicherung hat.

Der Grundgedanke des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung ist wohl der Ausspruch des Pomponius in D 12. 6, 14: nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Also nur insoweit der Empfänger tatsächlich bereichert ist, ist es recht und billig, daß er dem Geschädigten die Bereicherung herausgeben muß. Aber „es soll der gutgläubige Empfänger durch die Herausgabe keinen Schaden leiden".[30] So ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuch, das vor allen Dingen den Vertrauensschutz in vielen Vorschriften zur Durchführung bringt (z. B. in den §§ 122, 179), durch die Vorschrift des § 818 Abs. 3 der gutgläubige Empfänger einer Leistung, die des rechtlichen Grundes entbehrt, dadurch geschützt, daß die Verpflichtung zur Herausgabe ausgeschlossen ist, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

Prozessual ist festzustellen, daß der Wegfall der Bereicherung keine Einrede im Sinne des BGB. ist, die also nur dann berücksichtigt wird, wenn der Beklagte sich ausdrücklich auf sie beruft, sondern daß es sich um einen rechtsvernichtenden Einwand handelt, der auch zu beachten ist, wenn er sich im allgemeinen aus dem Prozeßstoff ergibt.[31] Im § 818 III. BGB. ist auf die vorhandene Bereicherung abgestellt. Aus

28) a.a.O. § 783,4.

29) So auch Brütt a.a.O. S. 201; Stampe, Arch. Ziv. Pr. 107/286, 293, Ritter, a.a.O. § 363,10 „denn die Anweisung ist zwar abstrakt, aber die Leistung ist kausal, sie erfolgt auf Grund der Anweisung und dieser Grund besteht rechtlich nicht".

30) Endemann, Lehrb. d. Bürg. Rechts I, § 198 N. 61; vgl. Festschr. v. Tuhr a.a.O. S. 315.

31) So Fischer-Henle § 818,11 u. die herrschende Meinung RG. 83/159, 94/253.

dem Worte „Bereicherung" erhellt, daß hier wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend sein müssen, nicht rein rechtliche. Die Motive[32] bemerken, zu der „zweifelhaften und bestrittenen Frage, ob der Empfänger auch dann den Wegfall der Bereicherung geltend machen könne, wenn er durch den Empfang zu Ausgaben veranlaßt sei, — daß derartige Ausgaben oder Vermögensminderungen den Wegfall der ursprünglichen Bereicherung zur Folge haben, sofern der Kausalzusammenhang feststeht."

Auch aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes, dem § 818 BGB. dient, ist zu folgern, daß Vermögensminderungen, die im ursächlichen Zusammenhang mit den empfangenen Leistungen eingetreten sind, von der Bereicherung abzuziehen sind. Zusammenhang liegt immer dann vor, wenn der Schaden dem Bereicherten nicht ohne die grundlose Leistung zugestoßen wäre. Wenn also wie in LZ. 1924/137 der Fall vorliegt, daß eine Bank auf Grund eines gefälschten Abschreibezettels dem Kunden eine Summe gutschreibt, so hat zunächst, wie auch das Urteil mit Recht ausführt, die Bank einen Kondiktionsanspruch, weil der Kunde um die Gutschrift bereichert ist. Aber nur, soweit die Bereicherung nicht fortgefallen ist. Es wurden nämlich dem fälschlich Ueberweisenden Schmucksachen und bares Geld ausgehändigt; in Höhe des Wertes dieser Leistung, so stellt auch das Urteil fest, ist die Bereicherung des Beklagten weggefallen.[33] Das Ergebnis ist in solchen Fällen, daß die Gutschrift bestehen bleiben muß, sobald der Kunde nicht mehr bereichert ist, vorausgesetzt immer, daß der Kunde gutgläubig ist.

Daß hier aber noch keine Leistung im Sinne des § 812 I erfolgt ist, sondern lediglich eine Gutschrift, ein delegationsabstraktes Schuldversprechen, ändert nichts an der Konstruktion, da in § 812 II auch ein Schuldversprechen als Leistung anerkannt ist und daher § 818 III hierauf ebenfalls angewandt werden muß.

Wohl als einziger wendet sich gegen diese Anwendung des § 818 auf die Kondiktion des abstrakten Schuldversprechens Oertelt a.a.O. Er geht davon aus, daß trotz § 812 II an der Natur der abstrakten Verpflichtung als Schuldverhältnis nichts geändert sei, sonst könne es keine Einreden gegen einen

32) Motive zu dem Entwurf eines BGB., a.a.O., S. 837.
33) Vgl. auch Seufferts Arch. 77/182.

abstrakten Anspruch geben, ebensowenig wie der Leistung selbst noch eine Einrede entgegengesetzt werden könne. „Es bestehe kein Anlaß, den Gläubiger einer abstrakten Verpflichtung in seinem Vertrauen auf den Eingang der Leistung mehr zu schützen als den kausalen Gläubiger. Auch der Gläubiger einer abstrakten Verpflichtung könne ohne den Willen des Schuldners nur durch Klage in den Besitz der Leistung gelangen." Dabei erwähnt Oertelt nicht, daß doch der Gläubiger sich hier einfach auf die abstrakte Verpflichtung berufen kann, während der gewöhnliche Gläubiger das ganze Kausalverhältnis aufrollen muß. Durch die günstigere Beweislastverteilung ist eben gewissermaßen schon eine Leistung in das Vermögen des Gläubigers erfolgt.[34] Daher kann natürlich der Gläubiger einer abstrakten Verpflichtung eher auf Eingehen der Leistung vertrauen als der gewöhnliche Gläubiger. So ist gegen Oertelt zu sagen, daß der Gläubiger auch mehr zu schützen ist, wenn er im Vertrauen auf ein abstraktes Schuldversprechen Ausgaben macht.

Oertelt wehrt sich im Grunde gegen die Gleichsetzung des abstrakten Schuldversprechens mit der Leistung. Dieses hat aber das Gesetz ausdrücklich im § 812 II mit Hilfe der Fiktion angeordnet; daher ist auch § 818 III darauf anzuwenden, und Oertelt betont ja selbst, daß der Gesetzgeber in anderen Fällen das Vertrauen des Gläubigers geschützt habe, indem er ihm ausdrücklich das negative Vertragsinteresse zubillige. (§§ 179, 122 BGB.) Genau dasselbe ist aber in § 818 III der Fall, was auch von Tuhr[35] betont. Oertelts Ansicht ist also abzulehnen.

Auch bei betrügerischen Machenschaften der Bankangestellten selbst ist das Ergebnis ebenso, als hätte ein dritter Außenstehender die Anweisung gefälscht. Fälscht also ein Angestellter einen Ueberweisungsauftrag vermöge der Kenntnis der Unterschrift eines Kunden, und wird daraufhin einem gutgläubigen anderen Kontoinhaber ein Betrag überwiesen, und dieser letztere dann durch Mittelsmänner des betreffenden Angestellten zu Ausgaben veranlaßt in Verbindung mit der Gutschrift, so braucht er sich nur die Gutschrift insoweit stornieren zu lassen, als er noch bereichert ist, abgesehen selbstverständlich von den Fällen, in denen der Kunde bösgläubig ist

34) Vgl. Ebbecke, Recht 1912, S. 749.
35) Festschr. a.a.O. S. 314.

oder Kollusion vorliegt. Wer die Ueberweisung als Zession, Schuldübernahme oder Vertrag zugunsten Dritter ansieht, kommt zu ganz anderen Ergebnissen.

Meese, a.a.O. S. 50, konstruiert die Stornobuchung so, daß die Bank bei ihr als Geschäftsführer ohne Auftrag handele und so einseitig die Rückbuchung vornehme; doch ist diese Konstruktion abzulehnen.

Es kann aber in dem Storno in gewissen Fällen auch eine Anfechtung der Willenserklärung, die in der Gutschrift liegt, zum Ausdruck kommen. Hat sich die Bank z. B. in der Zahl verschrieben, oder sich versehen, so liegt im Storno eine Anfechtungserklärung nach §§ 121, 143 BGB. Hat der Kunde im Vertrauen auf die falsche Gutschrift irgendwelche Dispositionen vorgenommen, so haftet die Bank nach § 122 BGB. für das negative Vertrauensinteresse. Liegt aber nur ein Irrtum im Motiv vor, wie bei der dargelegten Gutschrift ohne Vorhandensein einer Anweisung, so versagt die Anfechtungsmöglichkeit. Es bleibt nur die condictio. Nach Roloff ergibt sich zwar im ersteren Fall eine Schadensersatzpflicht der Bank aus dem Girovertrage; der Kunde muß aber der Bank das Verschulden beweisen; nach unserer Ansicht ergibt sich aus § 122 BGB. die Ersatzpflicht. Ganz anders Staub[36], der bei reinen Versehen und Namensverwechselungen einfache Richtigstellung eintreten läßt. Eine Schadensersatzpflicht könnte sich dann aus dem Girovertrage ergeben; dagegen will Staub bei Irrtum über die Deckung Anfechtung gewähren, während hier doch ein Irrtum im Motiv vorliegt. Nach Roloff wäre in den Fällen, wo Außenstehende eine Anweisung fälschen, in Anbetracht seiner Definition der Gutschrift als Willensäußerung der Kunde der Geschädigte, falls die Bank kein eigenes Verschulden trifft und sie auch nicht nach § 278 BGB. für die Bankangestellten haftet; denn nach Roloff war das Guthaben des Kontoinhabers nicht vermehrt. Doch ist das Ergebnis nach unserer Konstruktion befriedigender; der Kunde muß in seinem Vertrauen auf Gutschriften geschützt werden. Trifft aber den Kunden bei Fälschungen insofern ein Verschulden, als die Fälschung etwa durch einen seiner Angestellten mit Hilfe der von der Bank dem Kunden behändigten Formulare oder etwa durch Gebrauch eines Unterschriftstempels verübt wurde, so muß der Kunde nach § 278 BGB. das Verschulden seiner

36) a.a.O. § 363, Anm. 59.

Leute gegen sich gelten lassen oder auch sein eigenes Verschulden nach § 276 BGB., insofern als er die Formulare, Schecks etc. nachlässig aufbewahrt hat. Denn aus dem Giro- oder Kontokorrentvertrag zwischen Bank und Kunden ergeben sich für beide Teile gemäß § 242 BGB., § 347 HGB. gewisse Pflichten; für den Bankier z. B., daß er die Ausführung der erteilten Aufträge pünktlich und sorgfältig vornehmen muß und nicht Unbefugten Einblick in die Konten gewähren darf; für den Kunden besteht die Pflicht, sorgfältig alle Formulare aufzubewahren, und beide müssen überhaupt nach Treu und Glauben alles zu vermeiden suchen, was einem Teil Schaden bringen könnte. Werden diese Pflichten schuldhaft verletzt, so kann der Verletzte den daraus entstehenden Schaden geltend machen gemäß § 276 BGB.

§ 13.

Einwirkung des Konkurses auf die Gutschrift.

Falls die Bank oder der Kunde in Konkurs gerät, ist vor allem in Betracht zu ziehen, daß die einzelnen Banküberweisungsaufträge auf Grund des Girovertrages erfolgen. Dieser ist ja, wie dargestellt, als Dienstvertrag anzusehen, der gemäß § 675 BGB. eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Es ist deshalb § 23 KO. in Betracht zu ziehen, obwohl die Anwendung dieser Bestimmung auf die Anweisung bestritten ist.

Fällt nun der anweisende Kunde in Konkurs, so gilt nach § 23 II KO. der § 23 I KO. Es erlischt somit der Girovertrag mit der Einschränkung, daß die Vorschriften der §§ 672 Satz 2 und 674 BGB. entsprechende Anwendung finden.

Es soll der Fall untersucht werden, daß eine Bank eine Gutschrift an einen Dritten erteilt, auf Grund des Ueberweisungsauftrages ihres Kunden zu einer Zeit, in der dieser Kunde schon Kridar ist, ohne Wissen der Bank. Hier gilt also der § 674, wonach der Girovertrag so lange als fortbestehend gilt, bis die Bank von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß, d. h., nach § 122 II BGB. infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Es wird hierbei ferner der Fall gesetzt, daß der Kunde k e i n G u t h a b e n hatte. Der Bank erwächst gewöhnlich, wie ausgeführt, eine

Regreßforderung aus der Gutschrift, die sie dem Kunden belasten darf. Für diesen Fall bestimmt aber § 27 KO., daß die Bank nicht etwa eine Masseforderung erwirbt, sondern lediglich eine gewöhnliche Konkursforderung (so auch Breit ZHR. 64/510). Die Bank wird also stets bei Kenntnis des Konkurses oder Zweifel über die Zahlungsfähigkeit eine derartige Gutschrift nicht ausführen.

Anders ist die Sachlage, wenn die Bank auf Grund eines Guthabens des Kunden unter denselben Umständen eine Gutschrift vornimmt. Wir sahen, daß auf Grund des § 787 BGB. die Bank bei einer solchen Anweisung auf Schuld unmittelbar durch die Gutschrift in deren Höhe von der Schuld befreit wird. Hier greift der § 8 KO. ein; denn es ist durch die Zuwendung an den Anweisungsempfänger mittelbar eine Leistung an den Gemeinschuldner erfolgt. Ist also der Dritte etwa dadurch Schuldner der Masse, so ist die Bank befreit.[37] Wollte aber der Gemeinschuldner selbst durch die Ueberweisung eine Schuld an einen Dritten tilgen, so ist trotzdem die Bank befreit, wenn die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung erfolgt, falls nicht bewiesen wird, daß der Bank zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens bekannt war. Ist aber nach Absatz 3 die Gutschrift nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so wird die Bank befreit, wenn sie beweist, daß ihr zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war; andernfalls ist sie nach Abs. 1 nur insoweit befreit, als der Dritte Befriedigung seiner Konkursforderung erlangt hätte. Bezüglich des Restes müßte die Bank nochmal zahlen.[38] Dagegen vertritt Breit, (ZHR. 64/510), den Standpunkt, daß aus der Gutschrift lediglich die Bank eine „kompensable Gegenforderung" erwerbe, „die Bank erfülle nicht die Guthabenforderung des Kontoinhabers, sondern die Leistungen der Bank seien selbständige Aufwendungen aus dem Girovertrage". So kommt er dazu, § 8 keine Anwendung finden zu lassen und spricht der Bank nur eine Konkursforderung zu. Nun gibt es aber noch die Bestimmung des § 55 II KO. Danach ist der Bank beim Vorliegen dieses Tatbestandes die Aufrechnung möglich.[39] Vor allem aber spricht § 787 BGB. von der Befreiung der Schuld,

37) Vgl. auch Jaeger KO. § 23, Anm. 18; Brütt, a.a.O., S. 188; a. A. Breit, ZHR. 64/510.
38) So auch Fürst, LZ. 1908/410; Brütt, a.a.O. 188.
39) So Schütz, Bresl. Diss., S. 40.

und daher ist Breits Ansicht nicht haltbar;[40] gegen sie wendet sich besonders Jaeger,[41] der ausdrücklich noch bemerkt, daß es auch nichts ausmache, wenn „die Form des Kontokorrents die Leistung als Gegenwert in Rechnung stellt". Sehr wichtig ist daher der Vermerk Jaegers, daß der Konkursverwalter durch Anzeige des Konkurses an die Bank das Guthaben den Gläubigern sichert.

Nach Konkurseröffnung kann der Kunde keine Ueberweisungsaufträge mehr geben. Den Konkursgläubigern gegenüber also wäre nach § 7 KO. die Anweisung unwirksam. Trotzdem wendet Jaeger a.a.O., § 8, Anm. 5, mit Recht den § 8 analog an. Wenn einmal der Girovertrag in den Grenzen des § 674 BGB. bestehen bleibt, so ist es gleichgültig, ob der Kridar vor oder nach der Konkurseröffnung die Anweisung gegeben hat.

Was Gutschriften und Einzahlungen zugunsten des in Konkurs gefallenen Kunden betrifft, so gilt auch hier § 23 KO. und daher §§ 672, 674 BGB. Da z. B. bei Einzahlungen auf Kredit des Gemeinschuldners mit dem Aufschube des Auftrags Gefahr für den Gemeinschuldner verbunden ist, (es könnte dadurch die Zahlungsunfähigkeit behoben werden), so muß die Bank trotz Konkurseröffnung Gutschriften und Einzahlungen im Rahmen des § 23 KO. entgegennehmen.

Sehr interessant ist nun die Frage, ob die Bank dem überweisenden Kunden von dem Konkurse des Begünstigsten Nachricht geben muß, um ihn vor Schaden zu bewahren, wenn Ueberweisender und Begünstigter Kunden derselben Bank sind. Die eine Richtung[42] stützt sich auf die §§ 665, 666 BGB. in Verbindung mit § 675 BGB., § 347 HGB. Mit Recht macht aber Schütz, a.a.O., S. 35, hierzu geltend, daß bei Bejahung einer solchen Pflicht die Bank, die sowohl vom Ueberweisenden als auch vom Begünstigten beauftragt ist, in eine Interessenkollision gerate; denn, macht sie Anzeige, verletzt sie zugleich die Pflichten dem Begünstigten gegenüber. Daher kann die Bank dazu nicht verpflichtet sein. Mit Recht betont Müller-Erzbach, a.a.O., S. 682, daß zu Rückfragen der Bank an den Auftraggeber gewöhnlich die Zeit mangele, und daß man „der Bank durchgehends keinen Vorwurf daraus machen dürfe, wenn sie nicht von der Weisung abgewichen sei."

40) Dagegen Fürst, LZ. 1908/411.
41) Jaeger, KO. § 23, Anm. 18.
42) Klein, ZHR. 55/181 ff.; Ritter § 363, Anm. 10.

§§ 665, 666 BGB. sind als nichtbedungen abzulehnen. Man vergleiche auch in diesem Zusammenhang die Wendung in RG. 54/333, die Bank sei Kassenhalterin, aber nicht Ratgeberin ihrer Girokunden. Die Bank hat nur Zahlungen zu vermitteln.[43] Könige[44] führt aus, „es könne sich aus den Umständen nach Treu und Glauben eine Pflicht zur Prüfung der Aufträge auf ihre Zweckmäßigkeit ergeben". Aber die Interessen des andern Kunden sind doch gerade entgegengesetzt, wenn beide bei derselben Bank Konto haben. Anders wäre es bei der erwähnten indirekten Girozahlung.

Es ist selbstverständlich, daß beim Konkurs des Begünstigten Gutschriften, die vor Konkurseröffnung erfolgt sind, zur Konkursmasse des Ueberweisungsempfängers gehören.

Hinsichtlich der ausgeführten Gutschriften ist der Kunde im Konkurs der Bank gewöhnlicher Konkursgläubiger. Schreibt die Bank etwa nach Konkurseröffnung noch einen Betrag gut, so gilt § 7 KO. Den Konkursgläubigern gegenüber ist eine solche Gutschrift nicht wirksam. Schreibt aber der Konkursverwalter der Bank selbst gut, so gilt die Gutschrift nach § 59 KO. als Masseschuld. Da die Gutschrift nach dem früher Ausgeführten als Leistung im Sinne des § 787 II BGB. gilt, so ist bei einem Guthaben des überweisenden Kunden natürlich die Bank berechtigt, diesem die Gutschrift voll zu belasten; denn er hat ja auch keinen Schaden, da das Risiko des Konkurses den Empfänger trifft.

43) So auch Archiv Bürg. Recht, 30/112; Düringer-Hachenburg Anh. II zu § 363, 365, Anm. 2.
44) Handausgabe des HGB. § 362, Anm. 3 b.

Es ergibt sich, daß die Banküberweisung in vieler Hinsicht der alten römischen Delegation in ihrer ursprünglichen Form entspricht,[45] und daß der Rechtssatz:[46] qui delegat, solvit in diesem Zusammenhang heute fast wieder unbeschränkte Wahrheit genießt. Wer die Bank anweist, sich dem Begünstigten gegenüber durch Gutschrift zu verpflichten (promittere), zahlt. Hiermit hat sich die Wirkung der Anweisung erschöpft. Es kümmert den Ueberweisenden nicht, ob die Bank auf Grund der Gutschrift verrechnet oder bar bezahlt.[47] Und auch in Rom schon wurde die Delegation barer Zahlung gleichgeachtet.[48]

So sehen wir, daß gewisse wirtschaftliche Vorgänge so genial von den Römern durchdacht wurden, daß nach 2000 Jahren noch dieselbe Institution besteht, sodaß Stampe[49] mit Recht in seiner Abhandlung über die Simultantilgung sagt:

„Alles, was spätere Zeiten geschaffen haben bis auf den heutigen Tag, ist nur eine Fortentwickelung dieser römischen Institutionen".

---

45) Vgl. Sohm a.a.O. S. 483 ff.
46) Vgl. D. 17,1, 26,2; 46,1, 18.
47) Vgl. auch von Plucinski, Arch. Ziv. Pr. 60/329.
48) Vgl. Sohm S. 486.
49) Arch. Ziv. Pr. Bd. 107/285.

Lebenslauf.

Ich, Paul de Levie, wurde am 20. Juli 1903 als Sohn des Kaufmanns Jonas de Levie und seiner Ehefrau Rosa, geb. Löwenstein, in Jever in Oldenburg geboren. Ich besuchte von Ostern 1910 bis Ostern 1913 die Stadtknabenschule in Jever und dann das Mariengymnasium in Jever, das ich am 27. Februar 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Am 1. Mai 1922 trat ich in das Bankhaus Lincoln Menny Oppenheimer in Frankfurt a. M. ein und war dort bis zum 31. Dezember 1924 tätig ,und zwar bis zum 1. Oktober 1923 als Lehrling und dann als Bankbeamter. Daneben war ich vom Sommersemester 1923 bis Ende des Sommersemesters 1924 an der Universität Frankfurt a. M. als Studierender der Wirtschaftswissenschaften eingeschrieben. Vom 1. Januar 1925 bis zum Herbst 1926 war ich gesundheitshalber in Jever und betätigte mich im Geschäfte meines Vaters. Ab Wintersemester 1926 widmete ich mich ausschließlich dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen und Breslau. Am 12. Juli 1930 bestand ich die erste juristische Prüfung am Oberlandesgericht in Breslau und bin seit dem 12. Dezember 1930 als Referendar im oldenburgischen Staatsdienst tätig. Am 20. Februar 1931 bestand ich die mündliche Doktorprüfung vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau. Herrn Professor Süß bin ich für die Förderung, die er mir angedeihen ließ, sehr zu Dank verpflichtet.